



direito & saúde

Janaína Machado Sturza
Evandro Luis Sippert
(Orgs.)

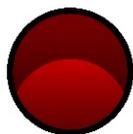
Diálogos ao encontro dos **Direitos Humanos**



A obra traz uma temática relevante, com atualidades do Direito à Saúde, e, sempre como característica principal, ter um caráter interdisciplinar e dinâmico, se coadunando com os anseios da sociedade em movimento, a qual pertencemos. Seu singelo objetivo certamente não é esgotar as temáticas aqui debatidas, mas sim servir de estímulo e reflexão, e, contribuir sobremaneira para o debate das novas demandas da saúde, do direito e da sociedade, sendo que a breve exposição acerca de cada um dos temas, denota a interdisciplinariedade e atualidade da obra e, evidenciam o compromisso com o tema proposto, qual seja, debater e fazer uma reflexão sobre o Estado, as políticas públicas e o acesso à saúde na nossa sociedade e a interlocução com os direitos humanos.



Direito & Saúde



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Direito & Saúde

Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos

Organizadores:

Janaína Machado Sturza

Evandro Luis Sippert



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Ciências Jurídicas & Sociais – 83

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis (Orgs.)

Direito & Saúde: diálogos ao encontro dos Direitos Humanos [recurso eletrônico] / Janaína Machado Sturza; Evandro Luis Sippert (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

208 p.

ISBN - 978-85-5696-784-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Saúde; 2. Direitos Humanos; 3. Brasil; 4. Bioética; 5. Sociedade; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio	9
Gabrielle Kölling	
Apresentação	12
Evandro Luis Sippert	
Janaína Machado Sturza	
I	18
Direito do idoso à saúde no Brasil pelo viés do cuidado existencial: uma análise acerca do acompanhamento hospitalar	
Henrique Alexander Keske	
Claudine Rodembusch Rocha	
II	41
A promoção ao direito à saúde como elemento de sustentação do Sistema Único de Saúde no Brasil	
Vladson dos Santos Ajala	
Maria Cristina Schneider Lucion	
III	59
Direitos Fundamentais no Brasil: a saúde como direito de todos e dever do Estado	
Evandro Luis Sippert	
Janaína Machado Sturza	
IV	80
“Pai, afasta de mim esse cálice, de vinho tinto de sangue”: aspectos de um suposto conflito de direitos fundamentais na transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová	
Schirley Kamile Paplowski	
Eliete Vanessa Schneider	
Dieisom Daniel Scheifer	

V	99
Quanto vale a saúde? Os altos custos dos medicamentos e o direito fundamental a saúde (re)pensando o protagonismo do poder judiciário	
Nathália Facco Rocha	
Isabel Christine Silva de Gregori	
VI	121
A legalização do aborto de feto anencefálico no Brasil frente a tutela constitucional do direito a vida e a bioética	
Domingos Benedetti Rodrigues	
Gabriela dos Santos Palhano	
VII	141
O direito a saúde indígena: o uso de relatos etnográficos para a análise empírica de sua efetividade no contexto da experiência do povo indígena Puyanawa	
Charles Borges Rossi	
Jósimo da Costa Constant	
VIII.....	160
A falência do pacto social e a judicialização da saúde: a tensão entre a reserva do possível e o mínimo existencial	
Sabrina Cassol	
Fabiana David Carles	
IX.....	179
Somos o que podemos ter: o império do consumo e as consequências sobre a saúde	
Álvaro da Costa Paranhos Teixeira	
X	192
Rastreamento do câncer do colo de útero em mulheres com deficiência física motora	
Tássia Gomes dos Santos	
Sara Gallert Sperling	
Janice de Fátima Pavan Zanella	
Janaina Coser	

Prefácio

*Gabrielle Kölling*¹

Eis-me aqui, fazendo o prefácio do livro dos queridos e competentes Janaína Machado Sturza e Evandro Luis Sippert. Recebi o convite com alegria e aceitei-o de forma mais impulsiva ainda. Entretanto, na hora de escrevê-lo, pensei: “Nunca antes fiz um prefácio; como devo proceder para escrever um?”. A resposta veio na sequência... A primeira resposta veio do título da obra, visto que nos convida a refletir sobre os encontros dessa vida: encontrei Janaína nos corredores da vida na Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos), e, sim, o poeta estava certo: “a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro”. Nos desencontramos algumas vezes e nos encontramos outras tantas, sempre com muitas redes de afeto e fraternidade entre nós. Depois de me lembrar disso, prefaciá-lo tornou-se fácil.

Honra-me sobremaneira prefaciá-lo o livro DIREITO & SAÚDE: DIÁLOGOS AO ENCONTRO DOS DIREITOS HUMANOS! Faço-o na atitude de aprendiz, pouco comum ao prefaciador. Quem prefacia tem, geralmente, a posição de quem apresenta ou até introduz, apoiado na sua suposta capacidade e competência, em seu (re)conhecimento e (re)nome. É sempre a postura de quem pode julgar a obra que está prefaciando e avalizá-la para o público a que se destina. Um prefácio é um costume antigo que se torna a legitimação ou a validação da autoridade. No entanto, desta vez, esta prefaciadora se põe na situação de quem tem o privilégio da prioridade da leitura para anunciar a alegria do aprendizado, do encontro e do desencontro!

¹ Professora da Escola de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul -USCS

A obra remete o leitor a um passeio pelas observações de diferentes pesquisadores na interface saúde/direitos humanos, impressões dos sentidos e sensações de concretização do direito humano à saúde. São muitas as abluções e imersões que os artigos integrantes da obra provocam, especialmente no que diz respeito à saída da zona de conforto da saúde: a leitura provoca análises semelhantes àquelas reflexões vividas por quem volta a uma cachoeira para desfrutar de todas as suas quedas. São idas e vindas, encontros e desencontros, mas todos no mesmo rio de único sentido da inclusão uma vez que a saúde tem o condão de incluir.

Quando se fala em Direitos Humanos, prontamente muitos se lembram dos ideais de "liberdade, igualdade e fraternidade" anunciados na Revolução Francesa de 1789. Contudo, nestas poucas três palavras, há muito conteúdo: os direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração, cada qual com seus desdobramentos. Os artigos apresentados na obra propiciam essa passagem pelas gerações de direitos, sempre com a interface da saúde.

Alguns conceitos, anteriormente aprisionados nas cadeias de definições fechadas, passam a ser repensados como categorias abertas e dinâmicas de um pensamento novo e complexo, projetando-se para o futuro e não se prendendo às polêmicas do passado. A propósito, hoje se emprega muito o termo *revisitar*. Não tive a impressão que este livro promova uma “nova visita”. Na visita, existem um visitante e alguém ou algo que se visita. Não dá para sentir nos trabalhos aqui publicados esta dualidade clássica que vai buscar raízes na concepção de um sujeito e de um objeto. Não é uma volta a algo já visitado, a um “*déjà vu*”. Há uma descoberta de muitos “novos” na leitura da obra, novos horizontes da saúde.

Não se trata de um conhecimento feito, acabado, compendiado, como aquele arquétipo de “pergunta e resposta”, mas de uma proposta ou desafio autopoietico de “pergunte e procuraremos”. Essa percepção é fundamental numa sociedade marcada por desigualdades econômicas, educacionais, sanitárias e outras tantas. Tem sido recorrente a não ob-

servância dos direitos humanos essenciais à dignidade humana para com aqueles em situação de vulnerabilidade e exclusão social. Nesse sentido, a obra fornece os fundamentos teórico-práticos para a construção das necessárias pontes entre os direitos humanos e a saúde!

Desejo a todos uma fraterna e bela leitura dessa obra transformadora!

Inverno paulista, 03 de setembro de 2019.

Apresentação

Evandro Luis Sippert

Janaína Machado Sturza

A obra DIREITO & SAÚDE: DIÁLOGOS AO ENCONTRO DOS DIREITOS HUMANOS, traz uma temática relevante, com atualidades do Direito à Saúde, e, sempre como característica principal, ter um caráter interdisciplinar e dinâmico, se coadunando com os anseios da sociedade em movimento, a qual pertencemos.

O livro inicia com o capítulo, “DIREITO DO IDOSO À SAÚDE NO BRASIL PELO VIÉS DO CUIDADO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO ACOMPANHAMENTO HOSPITALAR”, de autoria de Henrique Alexander Keske e Claudine Rodembusch Rocha, no qual procurou-se evidenciar uma das disposições do Estatuto que geram muitas controvérsias, que estabelece o direito do idoso, poder dispor, de um acompanhante enquanto estiver internado em hospitais, ou casas de saúde de quaisquer espécies. No presente artigo, portanto, se trata de evidenciar essa controvérsia, envolvendo as diferentes visões acerca do direito à saúde do idoso, no Brasil, a partir desse direito concedido que lhe fora outorgado em lei, bem como as condições de sua efetivação, como direito a ser, realmente, exercido na concretude das relações sociais, de forma que se analisam as posições das diversas partes que interagem nesse sistema.

Já no capítulo seguinte, que tem por título, “A PROMOÇÃO AO DIREITO À SAÚDE COMO ELEMENTO DE SUSTENTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO BRASIL”, os autores Vladson dos Santos Ajala e Maria Cristina Schneider Lucion discorrem sobre a temática do direito à saúde, que é de grande relevância social e sofre influência de fatores

socioeconômicos, políticos e governamentais, e, ainda assim, a saúde nem sempre foi um direito de todos, sendo que o estudo tem como objetivo principal demonstrar a relevância do ideal de promoção da saúde como elemento de sustentação do Sistema Único de Saúde. Verificou-se também que o SUS é um importante avanço social em matéria sanitária, mas que o caráter promocional do sistema ainda pode ser fortalecido, concluindo, dessa forma, que políticas públicas de promoção da saúde são fundamentais para impedir que o direito à saúde seja lesado, mas o sistema ainda sofre com a influência de um modelo de saúde privatista, o que impõe o fortalecimento de políticas públicas promocionais e do sistema como um todo.

No terceiro capítulo da obra, nós, os organizadores desta singela obra, Evandro Luis Sippert Janaína Machado Sturza, trouxemos nossa contribuição, com o artigo, “DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: A SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO”, que traz por meio de uma análise histórica da evolução dos direitos fundamentais, a percepção da grandeza destes direitos, que embora constituídos de forma não linear, são um marco significativo no processo civilizatório. Assim, a positivação destes importantes direitos na Constituição Federal de 1988, tem um viés de permitir o acesso e defesa do bem-estar, com consequências sobre o direito à saúde, o qual deve ser efetivado pelo Estado, pois é um direito de todos.

Sob o título, “PAI, AFASTA DE MIM ESSE CÁLICE, DE VINHO TINTO DE SANGUE”: ASPECTOS DE UM SUPOSTO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ”, no capítulo quarto, os autores Schirley Kamile Paplowski, Eliete Vanessa Schneider e Dieisom Daniel Scheifer, se propõe no presente ensaio a tratar de um suposto conflito de direitos fundamentais na negativa de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Direito à vida, à saúde em suposto contraponto com o direito à liberdade de crença religiosa. Quando em conflito, esses direitos fundamentais apontam para o princípio da ponderação como solução a indicar

a prevalência de um em detrimento do outro. No caso da negativa da transfusão por Testemunhas de Jeová, entretanto, não se opera um conflito de direitos fundamentais, na medida em que a abstenção da transfusão sanguínea, por si só, não representa um risco à vida, do ponto de que existem outros tratamentos. Por outro lado, a obrigação na realização da transfusão, contrariamente às convicções da pessoa, a ponto de padecê-la no aspecto espiritual, apresenta evidente afronta a uma vida digna.

O quinto capítulo, intitulado, “QUANTO VALE A SAÚDE? OS ALTOS CUSTOS DOS MEDICAMENTOS E O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE (RE)PENSANDO O PRATOGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO”, das autoras, Nathália Facco Rocha e Isabel Christine Silva de Gregori, tem por escopo analisar o papel dado ao Poder Judiciário como o único capaz de assegurar o direito fundamental à saúde no Brasil, no que tange a concessão de medicamentos. Para tanto, foi examinado o cenário atual da saúde brasileira, com relação ao acesso a medicamentos, assim como o processo de judicialização da saúde que se mostra uma realidade, além disso compreender como tem sido as respostas dadas pelo Poder Judiciário, também no que concerne a medicamentos de alto custo. Ao final pode-se concluir que cada vez mais o judiciário tem recebido demandas relativas a medicamentos e que na verificação das decisões estudadas, principalmente no tocante aos medicamentos de alto custo, os critérios para concessão são baseados em requisitos formais, desconsiderando a opinião de muitos juristas quando se trata de beneficiar um indivíduo deixando outros tantos desassistidos. Para realização da pesquisa o presente artigo utiliza-se do método de abordagem dedutivo, já quanto aos métodos de procedimento foram empregados os métodos monográfico e funcionalista, ao passo que a técnica utilizada se deu por intermédio da documentação indireta, assim, ter-se-á a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica.

O capítulo seguinte, traz a relevante temática intitulada, “A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO NO BRASIL

FRENTE A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO A VIDA E A BIOÉTICA”, de autoria de Domingos Benedetti Rodrigues e Gabriela dos Santos Palhano. Este sexto capítulo, apresenta como tema central a legalização do aborto de feto anencefálico no Brasil, como sendo um possível meio garantidor do direito a vida. Porém sempre se preocupando com os princípios da Bioética e do Biodireito, com a tutela constitucional sobre o direito a vida. O objetivo geral da presente pesquisa é identificar a legalização do aborto de feto anencefálico no Brasil frente a tutela constitucional do direito a vida e da Bioética.

No sétimo capítulo, temos “O DIREITO A SAÚDE INDÍGENA: O USO DE RELATOS ETNOGRÁFICOS PARA A ANÁLISE EMPÍRICA DE SUA EFETIVIDADE NO CONTEXTO DA EXPERIÊNCIA DO POVO INDÍGENA PUYANAWA”, dos Autores, Charles Borges Rossi e Jósimo da Costa Constant, tem por objetivo apresentar alguns resultados de pesquisa oriundos experiência dos autores com o uso de métodos de observação participativa com indígenas da etnia Puyanawa para a compreensão de alguns problemas referentes à baixa efetividade do direito à saúde no contexto específico desta comunidade. Não se pretende com este trabalho atingir uma abrangência maior do que a experiência concreta dos seus autores na convivência com usuários e gestores principalmente do Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) do Alto Rio Juruá, em especial no seu polo-base de Mâncio Lima, que integra uma das esferas locais do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI), instituído pela Lei Federal nº. 9.836/1999, como parte especificamente voltada à saúde indígena do Sistema Único de Saúde (SUS).

Por sua parte, o oitavo capítulo, intitulado, “A FALÊNCIA DO PACTO SOCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A TENSÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL”, as autoras Sabrina Cassol e Fabiana David Carles, trazem a baila, como a judicialização da saúde tornou-se um problema social moderno, cristalizando a ineficácia do papel prestacional do Estado na garantia dos direitos mais básicos ao se humano como é o da saúde. Dessa forma, torna-se necessário eviden-

ciar essa visão falencial delimitando quais são os princípios finalísticos do SUS e sua intersecção aos direitos humanos. Dessa forma, buscar-se-á a efetividade e a legitimidade do acesso a justiça na busca da concretização da saúde e a conseqüente descrédito no pacto social frente aos problemas gerenciais e orçamentários da saúde brasileira.

No nono capítulo, intitulado, “SOMOS O QUE PODEMOS TER: O IMPÉRIO DO CONSUMO E AS CONSEQUÊNCIAS SOBRE A SAÚDE”, do autor Álvaro da Costa Paranhos Teixeira, traz a musicalidade como tema de fundo, baseado na música Somos o que podemos ter, sonhos que podemos ser. Qualquer fã da banda gaúcha Engenheiros do Hawaii¹ poderá perceber a sutil mudança do “ser para o ter” e espero que essa mudança seja percebida pelos demais leitores. Através dessa célebre canção que marcou gerações, podemos refletir sobre um fato imperioso nos dias atuais: a valorização do “ter” para poder “ser”. Vivemos numa coletividade do consumo; as pessoas valem o que podem consumir. A mídia e o capitalismo tem um papel importante na construção de uma sociedade voltada para as necessidades exacerbadas. A imposição do mercado, fruto da industrialização dos prazeres, condiciona os indivíduos à ideologia do consumismo desenfreado, o que causa no consumidor a sensação de insuficiência, insatisfação material e existencial e suas problemáticas para com a sociedade e o meio ambiente e a saúde das pessoas.

Já no décimo e último capítulo, denominado “RASTREAMENTO DO CÂNCER DO COLO DE ÚTERO EM MULHERES COM DEFICIÊNCIA FÍSICA MOTORA”, as autoras, Tassia Gomes dos Santos, Sara Gallert Sperling, Janice de Fátima Pavan Zanella e Janaina Coser, tem por objetivo avaliar o rastreamento do câncer do colo do útero em mulheres com deficiência física. Métodos: Estudo de abordagem quali-quantitativa, descritiva, realizado com cinco mulheres com deficiência física motora cadastradas em Estratégias Saúde da Família de um município da região noroeste do Rio Grande do Sul. A coleta de dados foi realizada por meio

¹ A letra original da música é “Somos quem podemos ser. Sonhos que podemos ter”. O autor do artigo inverteu ordem para fundamentar a ideia apresentada no trabalho.

de entrevista semiestruturada, no período de maio de 2018. Resultados: quanto às variáveis sociodemográficas, a idade das participantes variou de 53 a 64 anos, eram casadas (n=2), possuíam renda superior a 1 salário mínimo (n=3), tinham 2 filhos (n=3), estavam na menopausa (n=4), sexarca aos 16 anos (n=3), possuíam ausência de vida sexual ativa (n=3), e apresentam alguma dificuldade motora (n=3). Identificou-se grande vínculo das participantes com a atenção básica e as equipes de saúde, principalmente com os agentes comunitários de saúde. O deslocamento até o serviço de saúde e o relato de dor ao realizar o exame foram identificados como dificultadores ao rastreamento. Conclusão: faz-se necessária maior divulgação sobre os direitos das mulheres com deficiência acerca da prevenção do câncer do colo do útero, tanto para esta população, como para profissionais de saúde e comunidade em geral, a fim de garantir a efetivação deste direito.

Por fim, o singelo objetivo da obra, certamente não é esgotar as temáticas aqui debatidas, mas sim servir de estímulo e reflexão, e, contribuir sobremaneira para o debate das novas demandas da saúde, do direito e da sociedade, sendo que a breve exposição acerca de cada um dos temas, denota a interdisciplinariedade e atualidade da obra e, evidenciam o compromisso com o tema proposto, qual seja, debater e fazer uma reflexão sobre o Estado, as políticas públicas e o acesso à saúde na nossa sociedade e a interlocução com os direitos humanos.

A todos uma excelente leitura!!!

I

Direito do idoso à saúde no Brasil pelo viés do cuidado existencial: uma análise acerca do acompanhamento hospitalar

*Henrique Alexander Keske*¹

*Claudine Rodembusch Rocha*²

Considerações iniciais

Quando Heidegger trata, a partir do parágrafo 42 da obra *Ser e Tempo*, do cuidado como o caráter próprio da existência humana, faz referência explícita a uma das fábulas de Higino, conhecidas desde a antiguidade clássica, em que se desvela a criação do ser humano, a partir de uma disputa entre os Deuses, pois um lhe havia dado a forma, a partir do barro da terra e o outro lhe concedera o espírito, pois ambas as Deidades pretendiam dar nome à nova criatura. Ao levar a questão ao tribunal, eis que a decisão foi clara: quando o ser viesse a morrer, o que era feito de terra, retornaria à terra e o que fora concedido pelo espírito, retornaria à dimensão própria do espírito. Entretanto, enquanto permanesse vivo, deveria pertencer ao cuidado e, por ter sido feito de húmus,

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Advogado. Integrante do Grupo de Estudos de Direitos Humanos e Transformação Social, da Universidade Ritter dos Reis, Núcleo FAPA. E-mail: hiquekeske@hotmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Burgos-Espanha, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Pós-graduada em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Advogada, Professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Faculdade Imed, pólo Porto Alegre e da Faculdade Estácio Rio Grande do Sul. E-mail: claudinerodembusch@hotmail.com.

deveria se chamar homem. (HEIDEGGER, Ser e Tempo, 1989, p. 263 e seguintes).

Portanto, esta abordagem filosófica da existência humana remete, inexoravelmente, à questão fundante do viver, no sentido de que todas as fases de nosso existir se constituem em torno do cuidado, dado que somente por meio dele, podemos nos manter enquanto seres humanos. Agora, ao focarmos momentos existenciais próprios, tais como a infância e adolescência e, depois, o envelhecer, esta referência ao cuidado torna-se ainda mais evidente, pois, sem sombra de dúvida, essas fases da existência humana se revelam como a exigir cuidados especiais, cada uma delas com especificidades próprias; que, no tema do presente artigo se dirigem ao cuidado existencial a ser dispensado ao idoso, mormente a partir da mudança paradigmática instituída pela Lei nº 10.741/2003, o conhecido Estatuto do Idoso, que é atravessado, de maneira transversal, em suas disposições, pelo cuidado dispensado a esse idoso, considerado em sua inerente condição fundada na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, procurou-se evidenciar uma das disposições do Estatuto que geram controvérsias, pois, em seu artigo 16, se estabelece o direito desse idoso, para que se valha desse cuidado especial, poder dispor, de um acompanhante enquanto estiver internado em hospitais, ou casas de saúde de quaisquer espécies. No presente artigo, portanto, se trata de evidenciar essa controvérsia, envolvendo as diferentes visões acerca do direito à saúde do idoso, no Brasil, a partir desse direito concedido que lhe fora outorgado em lei, bem como as condições de sua efetivação, como direito a ser, realmente, exercido na concretude das relações sociais, de forma que se analisam as posições das diversas partes que interagem nesse sistema.

Assim, o primeiro problema a ser tratado diz respeito ao critério adotado para definir pessoa idosa no Brasil, de forma que, em termos de legislação, fez-se necessário pautar que, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, seguiu-se o critério cronológico, a ser utilizado para definir a pessoa que se enquadraria em tal classificação, com base nas diretrizes

apontadas pela Organização Mundial de Saúde – OMS, onde o idoso está definido como a pessoa com sessenta anos ou mais, considerando-se, dessa forma, uma média observada, principalmente nos países apontados como ainda em desenvolvimento. (CAMARANO e PASINATO, 2004, p. 04).

Faz-se necessário, também, destacar o fato de que os institutos jurídicos se apresentam evadidos pelo caráter de historicidade, de forma que o estabelecimento do Estatuto do Idoso se deu na esteira da Constituição Federal/88, que, uma vez apresentada como constituição cidadã, porém, reservou apenas alguns artigos esparsos à condição do idoso, o que já representou algum avanço em relação às Constituições anteriores, dado que ignoravam a necessidade de regulamentação dessa situação etária. Entretanto, na busca do enfrentamento dessa questão, surgem, ainda na década de 1990, alguns dispositivos constitucionais, discorrendo sobre políticas setoriais de tutela aos idosos, desdobrando-se, a partir daí, como principal referência, a aprovação da Lei nº 8.742 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, estabelecendo ações e projetos e prevendo as responsabilidades das esferas governamentais, sejam estaduais, municipais ou federais, em atenção ao idoso. (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 03).

O enfrentamento legislativo da demanda social estabelecida pelo quadro expansivo da população de idosos no Brasil, dessa forma, se mostrou relevante, em função da necessidade de se criar uma política direcionada a essa distinta clientela. Por conta disso, em 04.01.1994, foi criada a Lei nº 8.842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, para nortear as ações que garantissem os direitos sociais dos idosos, com o objetivo de assegurar sua nova forma de sua participação na sociedade. Depois disto, outro marco regulatório desse contexto se firmou com o Decreto nº 4.227, de 13.05.2002, que instituiu o Conselho Nacional dos Direitos dos Idosos, vinculado ao Ministério da Justiça, com competência definida para avaliar e acompanhar as políticas públicas voltadas ao idoso. Assim, esses exemplos do aparato legislativo que, paulatinamente, vinha se estabelecendo, é que ensejaram, então, a consolidação desses

avanços, com a finalidade de regular as prerrogativas atribuídas aos idosos, embasando os seus direitos nos âmbitos dos direitos públicos e privados, envolvendo disposições previdenciárias, civis, processuais civis e de proteção penal do ancião, de forma que se pode chegar ao já referido Estatuto do Idoso, como ficou conhecida a Lei nº 10.741/2003. (BOAS, 2011, p. 2/3).

Ao se tratar dos dispositivos do Estatuto do Idoso, em comentário, vale ressaltar de antemão, que se encontram permeados pelo fundante princípio de assegurar às pessoas assim consideradas, não apenas o respeito, mas a plena efetivação da dignidade da vida humana. Nesse sentido, sua elaboração atende à necessidade de compilação adequada da legislação anterior que, embora direcionada à atenção aos idosos, o era de forma fragmentada, até o ano de 2003, em ordenamentos jurídicos setoriais, ou em instrumentos de gestão pública. Portanto, depois da edição do Estatuto, se tem o conjunto dessas diversas leis esparsas e de políticas reunidas em um único documento legal, abrangente e que dispensa ao problema um tratamento integral e uma visão de longo prazo, no sentido do estabelecimento de medidas que visam propiciar o bem-estar dos idosos e, logo, estender aos mesmos, a garantia de uma vida digna. Dessa forma, sua relevância se torna inquestionável, enquanto marco regulatório dessa demanda social pungente, para o enfrentamento do problema que visa regulamentar. (SANTIN, 2005, p. 72).

1. A situação do idoso no Brasil

Deve-se, enfatizar, portanto, que o estatuto do Idoso se reveste do caráter de um grande avanço legislativo, que se perfaz, precipuamente pelas garantias que expressamente dispõe em seus inúmeros artigos, distribuídos nos diversos títulos, enquanto perpassados, de maneira transversal, para assegurar aos idosos uma vida digna. Nesse sentido, uma simples remissão aos títulos e capítulos da referida Lei nº 10.741/73, evidencia a preocupação do legislador a efetivar, na legislação ordinária,

os mesmos princípios constantes dos dispositivos constitucionais, como se pode constatar pelos enunciados de seus artigos 2º e 3º.

Percebe-se, de pronto, que o Estatuto está perfeitamente alinhado com a Constituição Federal, ao assegurar a dignidade da vida humana, especificamente, aos idosos, por meio de proteção integral, como novo paradigma de enfrentamento da vulnerabilidade reconhecida a essa parcela da população, devendo ser estendida a todas as facetas existenciais em que deva desdobrar-se a vida dos incluídos nesse critério etário. Da mesma forma, fica expressa a convocação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público e, logo, do Estado, para agirem, em conjunto, no sentido de propiciar a efetiva concretização dessas prerrogativas, referendadas pela condição de determinar prioridade ao tratamento do idoso, em todos os possíveis desdobramentos de sua condição de vida, não apenas pessoalmente considerada, mas em sua completa inserção familiar, comunitária e social, incluindo-se aqui, de pronto a questão do acompanhamento hospitalar, como direito.

Dessa forma, a integralidade do Título II do referido instrumento legal trata de um extenso rol em que tais circunstâncias existenciais se desdobram, no sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana, ao tratar dos direitos à vida, à liberdade, ao respeito e à própria dignidade, bem como da prestação de alimentos, do direito à saúde, incidindo ainda sobre educação, cultura, esporte e lazer. Depois, trata da profissionalização do trabalho, da previdência e assistência social e do transporte. A seu turno, o Título III trata das medidas de proteção, incluindo as medidas de proteção específica, reiterando que são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos forem violados ou mesmo ameaçados, de forma que, ao serem aplicadas, podem incidir de forma isolada ou cumulativa, sempre levando em consideração os fins sociais que a lei se destina a proteger. Por sua vez, o Título IV especifica as condições de estabelecimento da política de atendimento do idoso, regulamentando as entidades e ações de entidades governamentais e da sociedade civil organizada que se dedicarem a essa tarefa, prevendo a sua fiscalização, bem como discorrendo

acerca dos trâmites dos processos administrativos decorrentes das infrações e da apuração judicial das mesmas. (ESTATUTO DO IDOSO).

No seguimento, o citado dispositivo legal, no Título V, traz determinações acerca dos ritos processuais de acesso à Justiça das questões relativas ao descumprimento das normas do Código, estabelecendo o rito sumário; e especificando as ações apropriadas do Ministério Público, bem como chegando a esmiuçar os tipos de interesse em lide, a partir de sua classificação. E, por fim, no Título VI, que trata dos crimes, reforça a disposição de que se tratam de ação penal pública incondicionada. Nesse sentido e sem a pretensão de apresentar um código comentado, evidencia-se que o legislador procurou envolver o maior número de direitos e garantias, de forma a consolidar, como já referido, a legislação esparsa existente até então, sistematizada e orientada pelas mais diversas formas em que se poderia expressar o princípio fundante da dignidade da vida humana, para proteção dessa parcela de população vulnerável. (ESTATUTO DO IDOSO).

Até então, o tema em comento foi apresentado a partir de uma significativa mudança paradigmática do tratamento legal dispensado aos idosos, uma vez que os avanços legislativos comentados tratam de estender a dignidade da pessoa humana a esta parcela vulnerável da sociedade, colocando tais garantias como direitos fundamentais dispensados ao processo do envelhecimento. Entretanto, para que esse percurso seja vitorioso, no sentido de sua efetiva concretização nos diversos níveis de nossa sociedade, cumprindo, dessa forma, o fim social que se destina atingir, não se pode tratá-los somente como dispositivos formais, ou seja, legalmente instituídos, mas sem que a sociedade, como um todo, trabalhe em sua efetivação. Logo, nesse sentido, mister se faz uma radical modificação transformadora nos múltiplos olhares que essa mesma sociedade lança sobre o idoso, garantindo que o mesmo seja aceito sem limitações e com as limitações inerentes à essa condição, de forma a transitar e a viver em todas as dimensões sociais que lhe aprouver viver, de maneira digna. Dessa forma, aqui se deve consubstanciar o nível das interações

sociais, de mão dupla, entre o idoso que interage com a sociedade e esta sociedade que o respeita e que lhe permite e possibilita os meios adequados dessa inserção.

Portanto, a idade avançada dos indivíduos é um fator que desencadeia, precisamente, o tipo de comportamento que a sociedade estabelece para com seus idosos. Nesse sentido:

Desta forma, o advento do Estatuto do Idoso representa uma mudança de paradigma, já que amplia o sistema protetivo desta camada da sociedade, caracterizando verdadeira ação afirmativa em prol da efetivação da igualdade material. Daí a importância do estudo do sistema jurídico de proteção ao idoso, tendo em vista a sua relevância para a sociedade atual e para a futura, sendo extremamente necessária a conscientização da população, no sentido de respeitar os direitos, a dignidade e a sabedoria de vida desta camada tão vulnerável e até pouco tempo desprezada da sociedade. (MENDONÇA, 2008, Introdução, p.01).

Assim, importa salientar um importante paradoxo dessa sociedade brasileira, que, desde há muito, se considera jovem; só que esses jovens de hoje, inexoravelmente e, por óbvio, serão os velhos em uma próxima curva temporal. Entretanto, nem mesmo esta constatação inequívoca parece ter o poder de alterar, socialmente, o descaso com que a população de idosos vem sendo tratada. Provavelmente, isto se dá até porque os estudos sobre a velhice são recentes e o direito de viver mais, só recentemente, se tornou uma questão social. Além disso, o termo velhice é impreciso, o que nos leva à confusão em torno do que seja efetivamente idoso e velhice, uma vez que ser velho trouxe um imenso conjunto de conotações pejorativas em uma sociedade em que o mito da beleza e da juventude ainda impera de forma tão significativa. (BRAGA, 2011, p.01). É nesse sentido que os referidos avanços trazidos pelo Estatuto para proteger e amparar essa camada da população devem deixar a mera condição formal de textos legais, de maneira que sua eficácia atinja o nível de real concretização dos direitos dos idosos e das obrigações da sociedade e do próprio Estado em relação a todos os inseridos nessas definições protetivas.

Uma vez que a Constituição Federal torna clara a obrigação do Estado, da família e da comunidade, no sentido da proteção do idoso e o respectivo Estatuto repete tal ordenamento fundante dessa nova perspectiva, este enunciado leva a considerar, igualmente, que, no que diz respeito a essa obrigação legal constante dos dispositivos mencionados, o dever da família, no cuidado com o idoso, inclusive, precede à obrigação do próprio Estado, uma vez que é no seio da família que essa circunstância do envelhecimento se mostra, em primeira mão. Entretanto, não se deve confundir cuidado com proteção, de forma que: o primeiro origina-se de elementos subjetivos, tais como o carinho e o afeto, os quais, por óbvio, só podem e devem ser oferecidos pela família, quer consanguínea, quer por afinidade; o segundo, porém, diz respeito aos deveres objetivos do Estado perante a pessoa idosa e, nesses casos, ligados aos direitos fundamentais do idoso, a partir do momento em que esses forem ameaçados, negados, agredidos e/ou quando da necessidade de sua implementação. (BRAGA, 2011, p.15).

Assim, essas afirmações colocam o problema em duas dimensões de importância decisiva para os dois focos principais ao enfrentamento social do processo do envelhecer, pois diante da inércia da sociedade, o Estado deve apresentar um rol de políticas públicas que se municiem do Estatuto do Idoso e da Constituição, para planejar ações que representem essa ressignificação do papel social da velhice na atualidade, promovendo os meios necessários à sua inclusão social. Por outro lado, tais políticas públicas devem alcançar, dentre esses direitos fundamentais, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, atingindo o nível íntimo da vivência familiar, onde, infelizmente, se evidenciam os maiores índices de violência e não reconhecimento desses direitos. Eis o desafio: criar medidas e mecanismos capazes de operar essa concretização de direitos, como o direito fundante da dignidade, tendo como princípio a própria família, que o desrespeita.

Há que se considerar, ainda, um difícil processo de interações dialéticas que se estruturam em torno do problema do enfrentamento social

do envelhecer, já que, partindo-se do pressuposto que, politicamente, nos estruturamos enquanto uma democracia representativa, tanto o legislador constituinte, quanto o legislador ordinário, ao normatizarem, tanto no texto da Carta Política, como no texto da lei infraconstitucional, os direitos fundamentais dos idosos, o fizeram como representantes da parcela da sociedade que os elegeu para este fim. Portanto, a função legisladora do Estado cumpriu seu papel, fornecendo as bases legais para o tratamento jurídico da questão. Entretanto, agora se exige desse mesmo Estado que implante políticas públicas tendentes a efetivar tais direitos que são desprezados pela entidade familiar, base dessa mesma sociedade que, há um tempo, por meio da representação política, ou seja, por meio de seus legisladores, edita normas reguladoras e, igualmente, de forma efetiva, reduz esse idoso a um processo de exclusão, na concretude de suas relações sociais.

Uma vez que os dispositivos legais estabelecem que a atenção dada ao idoso, pela família, é anterior à proteção que deva ser dispensada pelo Estado, chega-se ao cerne do problema, pois tais normas não estabelecem uma faculdade de a família poder agir desta ou de outra forma, mas definem uma obrigação inarredável, no sentido de que é dever da família garantir a eficácia de tais direitos, devendo suprir as necessidades dos idosos, de forma que o poder público só irá intervir para substituir esses cuidados, se a família não os puder suprir de maneira satisfatória e digna. (FRANCO, 2004, p.27). Nesse sentido, é a família que deve cuidar e tratar do idoso, mantendo-o perto de si, cabendo ao Estado oferecer o amparo necessário quando essa possibilidade não puder ser assegurada por uma família deficitária de meios econômicos para tanto. (BRAGA, 2011, P. 48).

Ademais, vale referir que se dispõe, no Brasil, de um levantamento da situação do idoso, denominado de Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa, elaborado pela Coordenação Geral dos Direitos dos Idosos, enquanto órgão vinculado à Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, em que se propõem estratégias para o en-

frentamento geral do problema, constituídas pela necessidade de se investir numa sociedade para todas as idades, ou seja, sem nenhuma forma de exclusão, além de ratificar o entendimento dos Fóruns Internacionais de discussão e Convenções Internacionais, segundo as quais, os governos devem priorizar os direitos da pessoa idosa. Da mesma forma, enfatiza que todas essas estratégias devem incluir, sempre, a participação do próprio idoso, assinalando, dessa maneira, sua autonomia para tratar de si mesmo, por meio da fórmula: “nada sobre nós sem nós”. Nesse sentido, trata das ações necessárias a apoiar as famílias que abrigam pessoas idosas em sua casa, além de propiciar a criação de espaços sociais seguros e amigáveis fora de casa; resultando que, para o bom êxito de tais políticas, se devam formar profissionais de saúde, assistência e cuidadores profissionais; e, por fim, apresenta os mecanismos necessários a prevenir dependências, tanto do idoso em relação às famílias onde se encontram inseridos, quanto dessas famílias em relação aos idosos . (MANUAL DE ENFRENTAMENTO Á VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA).

2. A questão polêmica acerca do acompanhamento hospitalar

Quando, em 2013, a Área Técnica de Saúde do Idoso, ligada ao Departamento de Ações Programáticas Estratégicas da Secretaria de Atenção à Saúde, enquanto órgão do Ministério da Saúde promoveu a terceira edição do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, fez constar, de sua apresentação, a relevante informação de que há no Brasil aproximadamente 20 milhões de pessoas com idade igual ou superior a 60(sessenta) anos; e que, em 2025, esse número chegará a 32 milhões, passando a ocupar o 6º lugar no mundo em número de idosos; bem como que, em 2050, provavelmente, o número de pessoas idosas será maior ou igual ao de crianças e jovens de 0 a 15 anos; fato marcante em todo o mundo; de forma que o impacto dessa nova "ordem demográfica" é imenso; e o desafio é, portanto, considerável.

Da mesma forma, ao tratar da situação do idoso no Brasil, relativamente a algumas das condições gerais que se verificam na população abrangida por essa faixa etária, atesta que o envelhecimento da população brasileira e a maior longevidade das pessoas idosas são, sem dúvida, um novo desafio que, também, aponta novas perspectivas de vida. Longe de ser frágil, a maioria das pessoas idosas mantém-se em boas condições físicas, realizam as tarefas do cotidiano e contribuem com suas famílias. Evidencia-se, entretanto, que o envelhecimento da população está se processando em meio a condições de vida, para parcelas imensas da população, ainda muito desfavoráveis. Porém, ao estarem inseridos nessas faixas de baixa renda, os rendimentos de aposentadoria dos idosos elevam a renda familiar entre os mais pobres, contribuindo para reduzir os níveis de pobreza no País. Por fim, faz a importante ressalva no sentido de que a pessoa idosa pode ser inserida na sociedade de maneira qualificada, vindo a assumir papéis relevantes e, por que não, reiniciar um novo ciclo de trabalho. Há um crescente reconhecimento de que o idoso deve ter condição de trabalhar enquanto desejar e os direitos da idade devem ser reconhecidos e recompensados. (ESTATUTO DO IDOSO, Apresentação, p. 5).

Portanto, nesse sentido, pode-se concluir que: “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social; e é dever do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde mediante a efetivação de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.” (ESTATUTO DO IDOSO, Apresentação, p. 6). Então, precisamente no enfoque desse direito personalíssimo assegurado pela legislação específica em comento, é que se expressa o inteiro teor do artigo e respectivo parágrafo do Estatuto do Idoso; e que motivou o tema do artigo, bem como a controvérsia que desencadeou, envolvendo os próprios idosos, que exigem a efetividade da norma, as organizações hospitalares, ao se justificarem que não a podem atender, somadas às decisões jurisprudências que tencionam essa relação ainda mais, em um claro exemplo do processo de judicialização das questões sociais:

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.

Assim, uma breve análise do texto do artigo já evidencia o grau de controvérsias que se desencadeia quando se trata de dar efetividade e concretude à norma, haja vista que a proteção assegurada ao idoso não deixa dúvidas quanto ao seu caráter de obrigatoriedade, pois é taxativo ao afirmar que o acompanhamento é um direito, o que se insere no novo paradigma estabelecido pelo referido Estatuto, de proteção integral ao idoso, mormente quando este ainda se encontra em situação de vulnerabilidade, como a caracterizada por enfermidade que exija acompanhamento permanente. Além disso, determina-se, claramente, que o órgão de saúde onde este idoso está internado, deve proporcionar as condições adequadas à permanência desse acompanhante e em tempo integral; embora aqui, a ressalva que dispõe que isto deva ocorrer de acordo com critério médico é que enseja a discussão, pois a definição de tais critérios não se encontra especificada na norma. Trata-se de um direito, na verdade, embora submetido a um critério de avaliação médica que, portanto, faz com que se crie uma relativização de sua possível efetividade.

O parágrafo segundo, a seu turno, amplia a relativização de tal direito, pois o mesmo depende de concessão ou autorização do profissional da saúde encarregado do tratamento, o que enseja a divisão da discussão em duas vertentes: na primeira, se atenta somente para as prescrições propriamente técnico-médicas, auferidas pelas condições específicas manifestadas no e pelo próprio paciente, que viriam a requerer, ou não, o referido acompanhamento; mas, em segundo, não se pode deixar de mencionar que, como não estão claramente especificados tais critérios, os mesmos podem referir-se a que a unidade de saúde onde se encontre

internado o idoso é que não tenha condições de abrigar o acompanhante. E aqui é que se forma a tensa relação entre as partes envolvidas, dado que, por certo, se as condições do internado forem tão precárias a ponto de ensejar, por exemplo, algum tratamento intensivo, a presença desse acompanhante se torna impraticável, devendo o encarregado médico justificar essa impossibilidade, o que nos coloca, de novo na questão do impasse entre os critérios legais de determinação, as especificidades propriamente médicas, do quadro clínico apresentado, a que se somam, ainda, as deficiências das instalações hospitalares.

Nesse sentido, quando Paulo Frange apresenta, na obra *Estatuto do Idoso Comentado*, sua análise sobre este tópico da lei, assegura que o mesmo referenda uma disposição anterior, já constante da Portaria MS 280/1999, do Ministério da Saúde; e, atesta que, desde então, já se dispõe dessa garantia da presença de acompanhante em tempo integral durante internações, tendo em vista que o idoso, quando na presença de familiar, apresenta uma melhor recuperação. Porém, o autor é enfático ao afirmar que, apesar de existir essa Portaria, desde 1999, garantindo o direito ao acompanhante, ela não vem sendo cumprida pelos hospitais; vindo a concluir, ainda, que: “Aqui haverá uma enorme dificuldade na regulamentação que, seguramente, vai esbarrar na estrutura hospitalar, hoje não receptiva à presença do acompanhante durante internações, como também, haverá discussões envolvendo infecção hospitalar, segurança, alimentação do acompanhante, entre outras barreiras.” (FRANGE, 2004, p. 13).

Da obra acima referida, devem-se, também, destacar as afirmações de Eriete Dias Ramos Teixeira, que, como advogada procuradora do SINDHOSP – Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas e demais estabelecimentos de serviços de saúde do Estado de São Paulo, oferece contribuições significativas para o debate do tema em comento; que principia por dividir o público-alvo do artigo, ou seja, o idoso, conforme tenha Plano de Saúde, ou simplesmente seja internados pelo SU - Sistema Único de Saúde:

O Idoso portador de plano de saúde, com direito à internação em quarto individual, já tem assegurado o direito a acompanhante durante todo o período de internação, vez que, nesses casos, existe plenas condições de manutenção do acompanhante, sem que haja risco ao paciente internado. Nos casos mais comuns, entretanto, de internação em enfermaria, especialmente através do Sistema Único de Saúde, o problema pode ser mais complexo, uma vez que a permanência de muitos acompanhantes num pequeno espaço pode gerar risco de danos aos internados. (SINDHOSP, apud FRANGE, 2004, p. 33).

Ao tratar, assim, especificamente, dos riscos antes mencionados, o relatório citado se refere às possibilidades de contaminação, a que todos ficam expostos no ambiente hospitalar, não apenas os enfermos, mas, nesse caso, principalmente os seus acompanhantes, o que sempre exige cuidados especiais para debelar, ou, pelo menos, diminuir essa incidência, o que se tornaria mais complexo diante de um grupo de pessoas não qualificadas em atendimento hospitalar, que, por ventura, ficassem nas dependências de enfermarias, ou de outras dependências de quaisquer casas do sistema de saúde, notadamente nos casos em que essas acomodações são, em sua maioria, coletivas. Sendo assim:

Numa enfermaria com três ou quatro camas, se todos os pacientes forem permanecer acompanhados, certamente haverá problemas sérios para os internados, para os profissionais que necessitam locomover-se nesse ambiente a fim de atender os pacientes e para o próprio ambiente hospitalar. A permanência de um acompanhante por mais de um paciente, em ambiente coletivo de enfermaria, pode gerar sérios problemas em relação à salubridade desse ambiente, à tranquilidade dos pacientes internados, em razão de ruídos provocados pelos acompanhantes, isso sem contar que deverá a unidade de saúde ter banheiros próprios para utilização dos acompanhantes, pois, se esses são vários, não poderão todos utilizar os mesmos banheiros usados pelos pacientes.(SINDHOSP, apud FRANGE, 2004, p. 33).

Ademais, o referido relatório conclui por afirmar que muitos dos estabelecimentos privados de saúde do país, não dispõem de instalações adequadas para atender a essa demanda específica da lei, sendo-lhes

demasiado oneroso arcar com tais adaptações e/ou adequações, trazendo, também, um argumento de base econômica e que diz respeito aos gastos praticados por tais acompanhantes, cuja cobertura não resta especificada na lei:

Acompanhantes, além das acomodações, utilizam materiais (água, sabonetes, papel higiênico etc...) e necessitam fazer refeições, o que gera custo para o estabelecimento de saúde. Quem pagará, nesse caso? O Sistema Único de Saúde não prevê pagamento de despesas feitas por acompanhante. Os planos de saúde com direito a internação em enfermaria, igualmente não preveem esse tipo de despesa. Ora, em especial nos hospitais públicos, a grande maioria dos pacientes são pessoas de pouca posse, sendo certo que os acompanhantes não dispõem, na maior parte das vezes, de condições financeiras para arcar com os custos de mais de uma refeição por dia. (SINDHOSP, apud FRANGE, 2004, p. 33).

Eis, aí, portanto, expresso um dos níveis mais importantes do desafio de legislar e, logo, estabelecer direitos, de forma ampla e que, obrigatoriamente, por essa condição, venham a necessitar de uma regulamentação adequada para que se lhes possa dar efetividade, tendo em vista todos os operadores sociais que atuam, como no caso, nos respectivos sistemas de saúde, notadamente os de caráter público, voltados para o atendimento dos idosos em situação econômica desfavorável. Entretanto, o direito está estabelecido e, quanto tal, deve ser cumprido, em todas as suas disposições, obrigando os órgãos a que visa regulamentar.

3. Outros enfoques legais e o enfrentamento social do problema

Na esteira dessa discussão, uma vez que se tenha dado voz aos representantes dos prestadores de serviços de saúde, se deve, igualmente, destacar as contribuições trazidas ao tema por Alan Martinez Kozyreff que, como advogado especialista em Direito do Trabalho, alerta acerca do problema de ausência do trabalho para acompanhamento do idoso internado, ou seja, quando feito por familiar que mantém contrato de

trabalho ativo e, nesse caso, necessita justificar sua ausência, cuja previsão não encontra amparo nem na legislação trabalhista, nem na legislação específica do idoso. Nesse sentido, o art. 473 da CLT, prevê uma série de situações em que o empregado pode se ausentar do trabalho, de forma justificada, ou seja, sem prejuízo do seu salário, mas silencia em relação ao acompanhamento de pais idosos em consultas, internações etc. Além do que, este dispositivo sofreu alteração pela Lei nº 13.257/2016, através do inciso X, que regulou a possibilidade de ausência ao trabalho, por até 2 dias, para acompanhamento de consultas médicas e exames complementares, durante o período de gravidez, de sua esposa ou companheira; bem como do inciso XI, que regulamentou a possibilidade do empregado ausentar-se 1 dia por ano para acompanhar filho de até 6 anos em consulta médica, dando uma segurança maior aos pais, pois para esta situação, também não havia qualquer previsão legal. (KOZYREFF, 2016, página inicial).

De qualquer forma, nada está expresso acerca do acompanhamento de idoso; de forma que, mesmo que se alegue o disposto no art.230 da Constituição Federal, ou mesmo o art. 16, em comento, do Estatuto do Idoso, resta a necessidade de regulamentar a matéria, haja vista que:

No entanto, as previsões acima, referem-se a uma situação geral, ou seja, o direito do idoso a ter um amparo social e ainda a um acompanhante, quando ele estiver internado ou em observação, ou seja, não há regulamentação sobre se a empresa será obrigada em aceitar o atestado médico de um trabalhador que acompanhou seu pai em uma internação, por exemplo. E ainda, se aceitar, por quanto tempo? Em quais circunstâncias? (KOZYREFF, 2016, página inicial).

Entretanto, na busca por estender o direito a acompanhante em internação hospitalar, vale destacar que tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei (PL 4996/16) que dá direito a acompanhante para todos os usuários de serviços de saúde públicos ou privados, como hospitais e clínicas, pelo tempo da internação ou atendimento. O acompanhante será pessoa de livre escolha, havendo a possibilidade de revezamento. O projeto

é de autoria da Senadora Ana Amélia (PP-RS) e já foi aprovado no Senado, pois já tramitou em caráter conclusivo nas comissões de Seguridade Social e Família; e Constituição e Justiça e de Cidadania. O texto altera a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde), pois hoje, a lei assegura o direito a acompanhante apenas em caso de internação e somente para alguns segmentos da população: crianças e adolescentes, mulheres grávidas e no pós-parto, pessoas com deficiência e idosos. (PL 4996/2016).

Segundo Lemos: “a proposta acompanha a Política Nacional de Humanização, criada em 2003, pelo governo federal, bem como a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) em 2009.” (LEMOS - PORTAL DE NOTÍCIAS DA CÂMARA, 2016, página inicial). Resta, aqui, porém, a discutir, da mesma forma, de que maneira se regulamentaria esse direito, a exemplo do que se vem discutindo, pois se o PL em comento tornar-se Lei, a discussão hoje restrita somente aos casos especificados, como o acompanhamento do idoso, certamente, irá impactar todo o sistema de saúde do país. Dessa forma, corre-se o risco de se ampliar um direito, em seu aspecto formal, enquanto enunciado legal, sem, contudo, se estabelecerem as condições de sua regulamentação, para que se torne realidade efetiva na ordem social.

Outro viés da presente discussão aponta para uma série de denúncias de que hospitais públicos e privados estão intimidando acompanhantes de idosos internados, obrigando-os a ficar com eles 24 horas por dia. Nesse sentido, a Central Judicial do Idoso de Brasília, Distrito Federal, por exemplo, recebe, cada vez com mais frequência, este tipo de denúncia: enfermeiros e médicos que intimidam os acompanhantes para que eles cuidem dos idosos enquanto estiverem internados. Por medo e falta de informação, parentes e amigos passam dias nos corredores de hospitais. Por conta disso, a Defensora Pública e Coordenadora da Central, Márcia Domingos, é enfática:

Isso não é um dever do acompanhante e sim um direito, de forma que enquanto o idoso está internado, ele fica sob a responsabilidade do hospital, que não pode delegar esta função ao familiar. Este tipo de conduta tira a responsabili-

dade da equipe médica e a coloca em cima do familiar, que não tem aptidão técnica e não tem a obrigação de ficar ali 24 horas, mesmo porque o acompanhante tem suas atribuições particulares para se manter. Isso é ilegal. Pela lei, só é considerado abandono quando o idoso recebe alta médica e a família se nega a retirá-lo do hospital. Os hospitais geralmente nos informam que irão verificar o que está acontecendo e a denúncia não volta a se repetir. Isso acontece tanto em hospitais públicos como em particulares. Trata-se, assim, de uma tentativa de diminuir a equipe médica, como auxiliares e técnicos em enfermagem. (DOMINGOS, Portal Distrital de Notícias, 2017, página inicial).

Essas denúncias, por sua vez, acabam por evidenciar o quanto é complexa a relação estabelecida pelo artigo de lei em comento, porque envolve não apenas o próprio paciente, mas seus familiares e/ou cuidadores, bem como os agentes encarregados do sistema de saúde, sejam quais forem, pois os fatos ocorrem tanto em hospitais públicos, quanto privados, envolvendo, assim, quem se vê obrigado a se inserir nesse contexto, não importando, inclusive, de forma geral, se estivermos nos referindo às diversas classes socioeconômicas dos envolvidos. Entretanto, apesar de já termos tratado das condições jurídicas de dispensa do trabalho, quando tais acompanhantes estejam com contratos de trabalho ativos, o que pode ser bastante comum, podemos verificar que, como forma de apresentar solução ao problema, organizou-se, na sociedade civil, um sem número de agências especializadas, ou mesmo de trabalhadores (as), que oferecem tais serviços de acompanhamento, evidentemente, de forma paga.

Nesse sentido, o que se pode analisar, é o fato de que, para quem pode arcar com os custos dessa empreitada, ou, até mesmo, se vê obrigado a fazê-lo, dado que não há outra forma de manter o acompanhamento do idoso a que esteja ligado, os serviços oferecidos se tornariam uma maneira de pagar para a efetividade de um direito assegurado em lei. Vale ressaltar que tais serviços são oferecidos em um número significativo de sites especializados; e que se pode verificar, somente como maneira de exemplificar a dimensão do problema tratado, ao se acessar, de maneira simples: “acompanhamento idoso hospitalar”.

4. Considerações finais acerca do enfrentamento judicial do tema

Entretanto, para quem não pode pagar, ou, ainda, não se dispõe a pagar e enfrenta resistência entre os operadores de saúde e casas especializadas, sejam quais forem, resta o recurso à prestação jurisdicional do Estado, através do Poder Judiciário, em suas várias instâncias, que já tem constituído decisões judiciais nesse sentido. Por conta disso, a título de exemplo, cabe destacar o despacho proferido no processo nº 0048595-07.2019.8.21.0001 - 09/04/2019 do TJRS, através do qual se defere o pedido de tutela da parte autora, estando hospitalizada; e demandando à parte ré, que lhe dê permissão de contar com acompanhante, como estabelece o Estatuto do Idoso, não devendo isto ficar limitado a eventual horário de visita, não podendo servir como justificativa para tal negativa a eventual falta de espaço. Nesse sentido, eventual ausência de espaço físico na unidade onde a requerente está, de momento, por outro lado, não justifica o descumprimento da lei, pois isso não pode ser considerado um critério médico. Por outro lado, é evidente a urgência da pretensão, dado que a autora necessita de companhia agora, e não mais adiante. Portanto, a limitar foi deferida, para determinar que o hospital demandado permita, imediatamente, que a autora tenha acompanhamento integral de familiar, ou outra pessoa que indicar, inclusive enquanto estiver na emergência. (Processo nº 0048595-07.2019.8.21.0001 - 09/04/2019 do TJRS).

Nesse mesmo sentido, cabe ainda destacar a decisão liminar da 3ª Vara Federal de Porto Alegre, através de medida, proferida pela Juíza Federal Maria Isabel Pezzi Klein, de que o acompanhamento também abrange pacientes em observação, inclusive no setor de emergência. A Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal com base em Representação. Por sua vez, o MPF relatou que o gerente de Pacientes Externos do hospital teria alegado que as taxas de ocupação da emergência, historicamente acima de 100% de sua capacidade, inviabilizariam o acompanhamento dos pacientes por familiares. Para o autor da ação,

entretanto, a situação deveria ser resolvida pela entidade, sem prejudicar direito expressamente previsto em lei. A instituição defendeu-se informando a existência de demanda elevada, aliada à falta de leitos para internação e à insuficiência de recursos humanos e infraestrutura necessários ao cumprimento da legislação. Acrescentou que, em caso de concessão da medida liminar, há risco do dano irreparável reverso, pois a administração pública teria de deslocar verbas para o atendimento da determinação judicial. Destacou, ainda, a excessiva procura de cuidados hospitalares em casos de doença de menor complexidade, que poderiam ser solucionados na rede de atenção básica de saúde. (BOLETIM DE NOTÍCIAS – Consultor Jurídico, página inicial).

O despacho da julgadora, proferido na 3ª Vara Federal de Porto Alegre, na Ação Civil Pública nº 5042829-74.2015.4.04.7100/RS, tendo como autor o Ministério Público Federal e como réu o Hospital Nossa Senhora da Conceição, ainda que de forma liminar, ilustra, de maneira clara, a atenção que vem sendo dispensada pelo Poder Judiciário a este tipo de demanda, como se pode verificar:

Cumpre repercutir também a fundamentação do ilustre representante do Ministério Público Federal ao apontar que o Estatuto do Idoso entrou em vigor em 2003, sendo, portanto, período mais do que suficiente para que os estabelecimentos hospitalares em todo o País buscassem sua adequação estrutural a este diploma legal. A superlotação das instituições hospitalares, em especial aquelas cujo atendimento seja 100% SUS, não é desconhecida por este Juízo, entretanto, este fenômeno se apresenta já de longa data e, não obstante todo o sofrimento sentido pela população mais carente de nosso País, não se verifica qualquer providência mais efetiva por parte do Poder Público para amenizar tal situação, seja na construção de mais hospitais, ou na ampliação da rede hospitalar já existente, com o aumento do número de leitos, seja, também, na busca de uma maior eficácia na rede de atenção básica de saúde. (Ação Civil Pública nº 5042829-74.2015.4.04.7100/RS).

Ainda que, nesses casos, se possa alegar uma intromissão do Poder Judiciário, no nível próprio da administração dos serviços de saúde do país, notadamente os públicos, certo é que, mesmo que se possa alegar,

ainda, a judicialização das questões sociais, fica evidenciada a postura dos órgãos encarregados da prestação jurisdicional do Estado, no sentido de despacharem favoravelmente as demandas sociais que se lhes são confiadas, para promoverem uma efetividade dos instrumentos e dispositivos legais que instituem os direitos em comento, em nosso ordenamento pátrio. Em condições ideais, os serviços de saúde já deveriam ter-se adequado ao dispositivo legal; entretanto, por não o fazerem, em que pese às alegadas situações de disparidades econômico-financeiras, resta o recurso movido, pela cidadania ativa, no sentido de ver seus direitos, assegurados por lei, se tornarem realidades sociais concretas.

Referências

BOAS, Marco Antônio Vilas. **Estatuto do Idoso Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.2/3

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4996/2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081908>. Acesso em: 12.04.2019.

BRASIL. **Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa**. Coordenação Geral dos direitos dos Idosos. Secretaria dos direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/publicacoes/violencia-contra-a-pessoa-idosa>. Acesso em: 13.04.2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Estatuto do Idoso**. 3ª edição. 2013. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/estatuto_idoso_3edicao.pdf. Acessado em: 12.04.2019.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. 3ª Vara Federal de Porto Alegre. **Ação Civil Pública nº 5042829-74.2015.4.04.7100/RS**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/outras/sentenca-da-acao-civil-publica-no-5042829-74-2015-4-04-7100-rs/view>. Acesso em 12.04.2019.

BRASIL. **PORTAL DE NOTÍCIAS DA CÂMARA**. Acesso em: 12.04.2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/522889-PROJETO-TRANSFORMA-EM-LEI-O-DIREITO-DO-PACIENTE-HOSPITALAR-A-ACOMPANHANTE.html>. Acesso em: 12.04.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Andamento do Processo n. 0048595-07.2019.8.21.0001 - 09/04/2019 do TJRS**. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/696094223/andamento-do-processo-n-0048595-0720198210001-09-04-2019-do-tjrs?ref=topic_feed .Acesso em: 12.04.2019.

CAMARANO, Ana Amélia. (Org.); PASINATO, Maria Tereza. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Arq_29_Livro_Completo.pdfAcesso em: 13.04.2019.

DOMINGOS, Márcia. **Defensoria Pública da Central do Idoso do Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.politicadistrital.com.br/2017/10/04/hospitais-estao-obrigando-familiares-a-acompanharem-idosos-24-horas-por-dia/> . Acesso em 12.04.2019.

FRANCO, Paulo Alves. **Estatuto do Idoso Anotado**. São Paulo: LED, 2004.

FRANGE, José. **Estatuto do Idoso Comentado**. Acesso em: 12.04.2019. Disponível em: http://www.igrapiuna.ba.gov.br/Download/sec_social/Estatuto%20do%20Idoso%20-%20Comentado.pdf. Acesso em: 12.04.2019.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HEIDEGGER, Martim. **Ser e Tempo**. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1989.

KOZYREFF, Alan Martinez. **Ausência do trabalho para acompanhamento médico de idoso**. Acesso em 12.04.2019. Disponível em: <https://alanmartinez.jusbrasil.com.br/artigos/432336404/ausencia-do-trabalho-para-acompanhamento-medico-de-idoso>. Acesso em: 12.04.2019.

MENDONÇA, Juliana Moreira. **Breves considerações a respeito do Estatuto do Idoso.**

Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/5979408/breves-consideracoes-a-respeito-do-estatuto-do-idoso-artigo> . Acesso em: 13.04.2019.

PORTAL DE NOTÍCIAS. **Acompanhamento idoso hospital.** Disponível em:

https://br.downloadsearch.cnet.com/s?q=acompanhamento+idoso+hospital&qsrc=0&src=jo&gch=AdNetB_CNET_360&au=11652601&tt=T0000360&clickid=4507624973426295794&ct=&mkt=USA&ts=g&utm_source=g&utm_medium=gcpc&gclid=EAIaIQobChMIhcfkvLL4QIVDAyRCh3Qgwx_EAMYASAAEgITo_D_BwE. Acesso em 12.04.2019.

SANTIN, Carlos Afonso. **O Estatuto do Idoso como Garantidor do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.** Revista de Direito Social. [s. l.], ano 5,

n. 19, p. 71-98, jul./set. 2005.

II

A promoção ao direito à saúde como elemento de sustentação do Sistema Único de Saúde no Brasil

*Vladson dos Santos Ajala*¹

*Maria Cristina Schneider Lucion*²

Considerações iniciais

A temática do direito à saúde no Brasil evoluiu com a constitucionalização do direito em 1988 e a criação de um sistema único e universal de atendimento, que deve primar por atividades promocionais. E essa temática foi escolhida para ser tratada aqui porque as discussões sobre saúde sempre estiveram em voga nas demandas sociais - reflexo de uma preocupação ligada ao fato de que as questões sanitárias dizem respeito à vida partilhada e individual das pessoas, interferindo diretamente no gozo de uma vida plena e no exercício dos direitos humanos.

Em um primeiro momento, é importante perceber que o conceito de saúde envolve uma gama de influências externas para a sua definição, tais como fatores econômicos, sociais, culturais e étnicos. Por isso, se

¹ Acadêmico do Curso de Direito 7º Sem. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI São Luiz Gonzaga/RS. Estudante pesquisador da linha de pesquisa "Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas", que integra o grupo de pesquisa "Direitos, transformação social e universo plural da cidadania", da URI São Luiz Gonzaga. Bacharel em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Federal do Pampa (Unipampa). E-mail: vladson_vsa@hotmail.com.

² Mestre em Direito Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professora do Curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI São Luiz Gonzaga/RS. Coordenadora da linha de pesquisa "Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas", que integra o grupo de pesquisa "Direitos, transformação social e universo plural da cidadania", da URI São Luiz Gonzaga. E-mail: mariacris.lucion@hotmail.com.

modificou com o passar do tempo, até chegar ao seu reconhecimento como um direito. Aos poucos, admitiu-se que a saúde está interligada ao meio em que vivem as pessoas e a sua possibilidade de acesso a bens e serviços essenciais, sendo definida internacionalmente pela Organização Mundial da Saúde como um direito humano que resulta do completo bem-estar físico, mental e social. Ato contínuo, a definição da saúde enquanto direito humano conduziu ao entendimento de que deve ser garantido pelo Estado, que tem o dever de prover as condições necessárias para a sua ampla fruição.

A partir desses antecedentes, o Brasil foi aos poucos incorporando a sua obrigação de garantir o acesso à saúde, que até a década de 1980 era restrita aos trabalhadores formalmente registrados e seus dependentes. O modelo excludente de prestação de serviço público de saúde foi questionado pelo Movimento Sanitário, uma marcha social formada por diversos setores da sociedade, dentre os quais médicos, universidades e estudiosos, e que reivindicou a formação de um sistema único de saúde que fosse universal, integral e igualitário.

Considerando que Estado tem o dever de realizar políticas públicas que atuem em todos os elementos de proteção do direito à saúde – curativo, preventivo e promocional –, as políticas de promoção da saúde são importantes, pois atuam antes ao aparecimento da doença, no intuito de manutenção do bem estar físico, mental e social, exigindo uma atuação ampliada do Estado. Nesse contexto, a presente pesquisa demonstra como as políticas públicas de promoção da saúde se constituem em um dos pilares fundamentais do SUS. A ideia de ampliação da atuação do Estado por meio da promoção da saúde conforta o atendimento integral pretendido pelo SUS, propiciando aos usuários do sistema uma gama de serviços que não são exclusivamente curativos, mas que se ocupam também em manter a saúde.

A construção teórica para as políticas públicas de promoção da saúde teve como marcos históricos o relatório de Lalonde, que pela primeira vez buscou questionar a abordagem exclusivamente médica para as do-

enças crônicas, em 1974, e a Carta de Ottawa, documento primordial para a propagação do conceito de promoção da saúde e que a definiu como o processo de capacitação das pessoas para a melhoria da qualidade de vida. Essas premissas foram adotadas posteriormente pelo SUS, que tem como uma de suas finalidades proporcionar medidas que visem a preservação da saúde e do bem estar, inclusive com vistas à sustentabilidade do sistema.

Pelo exposto, na busca pela valorização da base teórica do SUS, a presente pesquisa problematizará as práticas promocionais, para, por fim, proporcionar a crítica a alguns obstáculos a sua plena implementação. Isso se dará por meio de pesquisa bibliográfica e ao banco de dados constante no site do Ministério da Saúde, na expectativa de, ao final, contribuir para a valorização da pesquisa na área do direito humano à saúde.

1. A promoção da saúde no Sistema Único da Saúde

A evolução dos conceitos sanitários no Brasil acompanhou as tendências internacionais de reconhecimento da necessidade do Estado prover o bem estar e a saúde das pessoas. Especialmente a partir dos anos 1980, com os movimentos sociais, bem como ao abrigo de insumos teóricos internacionais e nacionais, a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas de promoção da saúde tomou força, fazendo-se parte integrante do SUS.

Os fundamentos para o desenvolvimento das políticas públicas promocionais decorrem de acontecimentos internacionais como o informe de Lalonde e a Carta de Ottawa, além de conferências da área sanitária que constituíram o Movimento Sanitário. A partir dessa conjugação de esforços, reconheceu-se que a promoção da saúde é um elemento importante no resguardo do direito à saúde, pois sua principal finalidade é a manutenção do bem estar e da saúde como um todo, com vistas a impedir o desenvolvimento de doenças que são evitáveis.

Com base no aparato legislativo que atualmente compõe o direito à saúde, e também no inequívoco dever do Estado – aqui compreendido pelas três esferas de governo – em realizar políticas públicas que visem assegurar a ampla fruição desse direito por toda população, necessário que se efetivem satisfatoriamente as normas constitucionais e legais do SUS. Para tanto, as políticas públicas sanitárias são uma alternativa para colocar em prática os ideários do SUS, razão pela qual precisam ser pensadas e cumpridas de maneira racional para que o sistema seja possível e realizável, de acordo com suas diretrizes constitucionais e com o princípio da universalidade.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, dispõe que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Por esta disposição, o fato de constituir-se em um direito fundamental faz da saúde um direito capaz de tornar exigíveis determinadas condutas estatais a fim de efetivar o seu pleno exercício, tanto no que diz respeito ao aparato técnico necessário, quanto ações educativas, destinação de recursos e criação de serviços especiais indispensáveis ao adequado trato da saúde (DALLARI apud SOUZA, 2015).

Constituindo-se, além de um direito de todos, como um dever do Estado, a saúde pressupõe a realização de atividades pelas quais se viabilize o seu gozo, sendo que, em sentido amplo, tais atividades abrangem a consecução de medidas para a salvaguarda da saúde e ações que viabilizem a sua fruição, e, em sentido estrito, pelo fornecimento de serviços e bens materiais aos tutelados (FIGUEIREDO, 2007). Desse modo, mesmo considerando o comportamento pessoal das pessoas como um fator significativo, a atuação direta do Estado também é um fator determinante para garantir o exercício do direito à saúde, pois

embora o comportamento individual e coletivo seja importante para a redução dos riscos à saúde, é o Estado quem efetivamente assume um papel fundamental para a adoção de todas as medidas possíveis e necessárias para evitar a existência, no ambiente social, de riscos de doenças e de outros agra-

vos à saúde da população. Quando não for possível evitar a existência dos riscos, compete ao Estado adotar as medidas cabíveis para reduzir os efeitos que podem por ser causados pela sua existência (AITH; DALLARI, 2009, p. 105).

A partir da premissa de que o Estado deve atuar para garantir a ampla fruição do direito à saúde, importante ilustrar o quão substancial é a sua atuação nas políticas públicas relacionadas ao direito à saúde, especialmente aquelas que visam a promoção da saúde e a prevenção de doenças – atuação estatal em sentido amplo -, eis que esse tipo de atividades, ao mesmo tempo em que envolvem uma gama de serviços, também operam para evitar que a saúde seja prejudicada. Isto porque mesmo que o Estado tenha o dever de atuar em todos os elementos de proteção do direito à saúde (curativo, preventivo e promocional), são as políticas públicas de promoção da saúde, as quais abrangem atividades de prevenção de doenças, que atuam antes que o direito à saúde seja afetado, preservando-o o máximo possível e evitando a doença, tendo como foco a saúde, e não a enfermidade.

Com efeito, a CF/88 determina que o dever de prover a saúde pode ser concretizado por meio de três espécies de políticas públicas: políticas de proteção, políticas de recuperação e políticas de promoção da saúde – e todas elas devem preservar o acesso universal e igualitário aos serviços prestados, nos exatos termos do art. 196.

Nos termos expostos por Schwartz (2004), por meio de políticas de proteção realizam-se políticas públicas ligadas à ideia de uma atuação sanitária anterior à doença, como estratégia de enfrentamento do risco em saúde, enquanto políticas públicas ligadas à recuperação se posicionam na necessidade de restabelecimento da saúde mediante um processo curativo, depois que a enfermidade já se encontra instalada. Políticas públicas de promoção da saúde, por sua vez, atuam “não apenas como a cura e a prevenção de doenças, mas também com o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais” (SCHWARTZ, 2004, p. 102).

De maneira mais completa, uma política pública de promoção do direito à saúde age para potencializar o completo bem-estar físico e mental das pessoas, sem voltar-se para uma doença em específico, como é o caso, por exemplo, de uma política de incentivo à prática de esportes e ao exercício físico regular.

A disposição constitucional do art. 196 que impulsiona o Estado a promover políticas públicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos faz nítida conexão com risco, saúde e direito, uma vez que o termo “risco de doenças” induz a uma ideia de prevenção (SCHWARTZ, 2004). Desse modo, o fato do Brasil ter uma vigilância sanitária que se encontra “circunscrita aos riscos e ao seu controle, ou seja, proteção da saúde, as propostas recentes de intervenção sobre os determinantes socioambientais e as necessidades sociais tendem a aproximá-la do âmbito da promoção da saúde” (PAIM, 2001, p. 04).

Há que se ressaltar que, ainda que os modelos da promoção e prevenção tenham alguns pontos em comum, especialmente o fato de atuarem antes da doença, eles possuem singularidades que os diferenciam bastante. Isso porque a promoção tem características específicas e atuação mais ampla, ao passo que

as ações preventivas definem-se como intervenções orientadas a evitar o surgimento de doenças específicas, reduzindo sua incidência e prevalência nas populações. A base do discurso preventivo é o conhecimento epidemiológico moderno; seu objetivo é o controle da transmissão de doenças infecciosas e a redução do risco de doenças degenerativas, ou outros agravos específicos. [...]. Promoção da saúde define-se, tradicionalmente, de maneira bem mais ampla que prevenção, pois refere-se a medidas que “não se dirigem a uma determinada doença ou desordem, mas servem para aumentar a saúde e o bem-estar gerais” (LEAVELL & CLARK apud CZERESNIA, 2003, p. 49).

Ou seja, enquanto a prevenção atua para evitar a incidência de doenças determinadas por meio de políticas específicas, a promoção se ocupa com medidas que visem à preservação da saúde em si, através de

ações mais amplas e sem voltar o olhar para uma doença em particular, mantendo seu foco no resguardo da saúde. O ponto em comum entre políticas preventivas e promocionais é o propósito de vigilância, sendo que nas primeiras, a vigilância se concentra nos riscos de adoecer, enquanto na promoção a vigilância está focada nos comportamentos favoráveis à saúde (VERDI; CAPONI, 2005).

Detendo-se no direito à saúde, tem-se que o seu exercício requer que tal direito não esteja atrelado somente à inexistência de doenças, sejam elas já instaladas ou específicas e evitáveis, mas também a uma vida de bem-estar e felicidade (BRASIL, 2002a). Esse tipo de pensamento político foi concretizado no Brasil na CF/88 e demais legislações do SUS, que possuem elementos de desenvolvimento de estratégias de promoção da saúde, especialmente por meio dos princípios da universalidade, integralidade e equidade, somadas às diretrizes da descentralização e hierarquização, que são potencializados por meio de políticas de promoção do direito à saúde (BRASIL, 2002a).

Incontestável que não é possível eliminar completamente todas as doenças, mas é substancial reconhecer que a saúde se relaciona com situações diversas, como habitação, ambiente saudável e segurança – ações que, na maioria das vezes, não dependem somente do indivíduo, mas também de medidas sociais que abranjam toda a coletividade (LOBATO, 2012). Assim sendo, políticas para a promoção do direito à saúde requerem a análise do meio em que vivem as pessoas atingidas e a quais serviços elas estão tendo acesso, com o foco na preservação da saúde em seu sentido mais amplo.

O conceito de políticas de promoção da saúde, as quais acabam por promover o próprio direito à saúde, está diretamente ligado à concepção de saúde estabelecida pela OMS em 1946, que preceitua a defesa da saúde em todas as suas dimensões como um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Desse modo, pela promoção da saúde pressupõe-se uma ampla atuação estatal para garantir o bem-estar populacional, pois

todo este debate coloca a necessidade de se delinear estratégias e ações no campo da saúde capazes de apontar para a construção de soluções dos problemas complexos que se vive. A promoção da saúde como campo conceitual, metodológico e instrumental ainda em desenvolvimento, traz, em seus pilares e estratégias, potenciais de abordagem dos problemas de saúde: assume a saúde em seu conceito amplo, pauta a discussão sobre qualidade de vida, pressupõe que a solução dos problemas está no potencial de contar com parceiros e a mobilização da sociedade. Trabalha com o princípio da autonomia dos indivíduos e das comunidades, reforça o planejamento e poder local. (BRASIL, 2002a, p. 09).

Desse modo, estratégias para a promoção do direito à saúde visam a “vigilância à saúde e a um movimento de crítica à medicalização do setor, a promoção de saúde supõe uma concepção que não restrinja a saúde à ausência de doença, mas que seja capaz de atuar sobre seus determinantes” (SICOLI; NASCIMENTO, 2003, p. 102). Assim sendo, mais do que serviços clínicos e de assistência médica, políticas públicas de promoção da saúde propõem-se a trabalhar o acesso a serviços que também são determinantes à saúde, tais como lazer, cultura, educação, trabalho e outros serviços essenciais.

2. Fundamentos para a promoção da saúde e do direito à saúde

A promoção da saúde esteve em voga nas últimas décadas do século XX, e na sua construção teórica há vários eventos importantes, com destaque para dois em específico. O primeiro deles é o Informe de Lalonde, Ministro da Saúde Canadense que pela primeira vez buscou questionar a abordagem exclusivamente médica para as doenças crônicas, em 1974 (VERDI; CAPONI, 2005). As conclusões do informe são consideradas um marco para a promoção da saúde no Canadá e no mundo, pois

Lalonde (1974) afirmava que, até aquele momento, a maioria dos esforços da sociedade para melhorar a saúde, e a maior parte dos gastos em saúde, se concentraram na organização do cuidado médico. Apesar disso, quando se identificavam as causas principais de adoecimento e morte no Canadá, verifi-

cava-se que a sua origem estava nos três outros componentes do conceito de campo: a biologia humana, o meio ambiente e o estilo de vida (BECKER, 2001).

A partir de então, as evidências da relação entre as condições de vida, prosperidade e bom nível educacional tomaram forma, o que criou condições para a realização do segundo evento importante no que diz respeito à promoção da saúde: a I Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, ocorrida em novembro de 1986, em Ottawa, no Canadá, contando com a colaboração da OMS e da Associação Canadense de Saúde Pública (VERDI; CAPONI, 2005; BRASIL, 2002b).

A partir da I Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde definiu-se uma carta de intenções denominada Carta de Ottawa, documento primordial para a propagação do conceito de promoção da saúde em diversos países, dentre os quais o Brasil, e que explicou a promoção da saúde como sendo o processo de capacitação das pessoas para a melhoria da qualidade de vida, devendo servir como um recurso para a vida³ (BRASIL, 2002b). Segundo a Carta de Ottawa, a promoção da saúde deve ser prioridade na agenda política dos governos, pois vai além dos cuidados com a saúde, eis que decisões políticas de outras áreas refletem consequências no campo da saúde, na medida em que

a política de promoção da saúde combina diversas abordagens complementares, que incluem legislação, medidas fiscais, taxações e mudanças organizacionais. É uma ação coordenada que aponta para a equidade em saúde, distribuição mais equitativa da renda e políticas sociais. As ações

³ A Carta de Ottawa é um documento completo que elenca o conceito de promoção da saúde, os pré-requisitos para a saúde, a defesa de causa, capacitação, mediação, a construção de políticas públicas saudáveis, a criação de ambientes saudáveis, ação comunitária, o desenvolvimento de habilidades pessoais, a reorientação dos serviços de saúde, o futuro, os compromissos com a promoção da saúde, e as ações internacionais. Define a promoção da saúde da seguinte forma: "Promoção da saúde é o nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo. Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global" (CARTA DE OTTAWA, 1986).

conjuntas contribuem para assegurar bens e serviços mais seguros e saudáveis, serviços públicos saudáveis e ambientes mais limpos e desfrutáveis. A política de promoção da saúde requer a identificação e a remoção de obstáculos para a adoção de políticas públicas saudáveis nos setores que não estão diretamente ligados à saúde. O objetivo maior deve ser indicar aos dirigentes e políticos que as escolhas saudáveis são as mais fáceis de realizar (CARTA DE OTTAWA apud BRASIL, 2002b, p. 22).

A Carta de Ottawa significou a ampliação do conceito de promoção da saúde ao incorporar a importância e o impacto das dimensões socioeconômicas, políticas e culturais sobre as condições de saúde, havendo a partir de então um entendimento de que a promoção da saúde não diz respeito exclusivamente ao setor da saúde (BECKER, 2001). Desse modo, ampliavam-se os conceitos de cuidados de saúde, criando insumos para a formulação de políticas públicas promocionais no mais diversos setores governamentais.

À vista disso, em nível internacional gradativamente entrou-se num consenso de que o direito à saúde interage com diversos outros ramos de direitos, o que torna o seu exercício ainda mais complexo e encantador se estudado sob a ótica da promoção da saúde. Em razão disso, “assumindo a relação da saúde com a política, economia, o meio ambiente e os fatores socioculturais (além dos biológicos), atribui-se à promoção o dever de permitir que tais fatores sejam favoráveis à saúde” (SICOLI; NASCIMENTO, 2003, p. 105), o que torna imprescindível a criação de políticas públicas sanitárias promocionais.

Importante salientar que a promoção da saúde apresenta um forte caráter internacionalista presente em todos os seus documentos de natureza política, como a Carta de Ottawa, declarações⁴ e conferências (BUSS; CZERESNIA, 2003). Nessa perspectiva, destacam-se os sete princípios da promoção da saúde, segundo a Organização Mundial da Saúde:

⁴ Dentre as declarações internacionais relativas à promoção da saúde, destacam-se a Declaração de Alma-Ata, de 1978; Declaração de Adelaide, de 1988; Declaração do México, de 1990; Declaração de Sundsvall, de 1991; Declaração de Santafé de Bogotá, de 1992; Declaração de Jacarta, de 1997; a Rede de Megapaíses para a Promoção da Saúde, de 1998 (BRASIL, 2002b).

a) concepção holística, que compreende ações que determinem a saúde física, mental social e espiritual; b) intersetorialidade, que significa a cooperação entre os diversos setores que compreendem a promoção da saúde, tais como legislativo, tributário, educação, habitação, etc.; c) empoderamento e d) participação social, princípios-chave que devem atuar juntos e que induzem a efetiva participação social e são o objetivo essencial da promoção da saúde; e) equidade, que visa reorientar os serviços sanitários para ampliar o acesso, criar ambientes de suporte com políticas favoráveis à saúde; f) ações multiestratégicas, que pressupõem a combinação de métodos e abordagens variadas no desenvolvimento das políticas públicas; g) sustentabilidade, que remete à criação de iniciativas de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável e a um processo duradouro e forte (WHO apud SICOLI; NASCIMENTO, 2003).

Através dessas proposições, a existência de políticas públicas promocionais deixa evidente o interesse (ou não) dos programas políticos em realizar políticas saudáveis, as quais podem efetivar-se por meio de diversas ações complementares, que englobam desde a legislação, medidas organizacionais, ações intersetoriais coordenadas, visando a equidade, melhor distribuição de renda e políticas sociais (VERDI; CAPONI, 2005). Por isso é tão importante que as políticas públicas promocionais sejam um projeto de sociedade, e não um projeto eleitoral, uma vez que “a continuidade das políticas de promoção de saúde é especialmente importante tendo em vista que se tratam de iniciativas complexas, envolvendo processos de transformação coletivos com impacto a médio e longo prazo” (SICOLI; NASCIMENTO, 2003, p. 109-110).

No Brasil, pensar em novos caminhos para garantir o direito à saúde coincidiu com a redemocratização do país, razão pela qual muito se tem falado em promoção do direito à saúde a partir da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986 - mesmo ano da I Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde -, evento que consagrou o SUS anos mais tarde. Sistematizando os ideários do SUS, a VIII Conferência também utilizou em seu relatório final as mesmas definições abrangentes de saú-

de expressas na Carta de Ottawa, ao dispor que a saúde deve ser conquistada pela população cotidianamente, e resulta de condições de alimentação, habitação, educação, renda, entre outros elementos (MINISTÉRIO DA SAÚDE apud BECKER, 2001).

Na base do SUS encontra-se o conceito ampliado de saúde, que diz respeito ao completo bem-estar físico e mental e a necessidade de políticas públicas para promovê-lo, com o imperativo da participação social. Nesse sentido, enquanto política de Estado, o SUS deve buscar a melhoria da qualidade de vida dialogando com as reflexões e os movimentos de promoção da saúde, de modo a contribuir na construção de ações que possibilitem responder às necessidades sociais em saúde (BRASIL, 2006).

Com base nas definições constitucionais sobre saúde, na legislação que regulamenta o SUS, nos documentos e conferências de saúde e no Plano Nacional de Saúde⁵, o Ministério da Saúde - MS formulou, em 2006, a Política Nacional de Promoção da Saúde, com a finalidade de enfrentar os desafios da produção da saúde no complexo cenário brasileiro (BRASIL, 2006). Estabelecendo um objetivo geral, objetivos específicos, diretrizes, estratégias de implementação, responsabilidades das esferas de gestão e ações específicas, a Política Nacional de Promoção da Saúde é um documento desenvolvido do ponto de vista formal e que valoriza a promoção do direito à saúde prevendo políticas públicas específicas para o setor, tais como a alimentação saudável e atividades físicas.

Segundo a referida política, a União, os Estados e os Municípios têm o dever comum de divulgar a Política Nacional de Promoção da Saúde e utilizar-se de métodos avaliativos da política. Quanto às responsabilidades específicas, ao gestor federal cabem ações como definir ações de promoção da saúde intersetoriais e pluri-institucionais de abrangência

⁵ O Plano Nacional de Saúde - Um Pacto pela Saúde no Brasil, aprovado pela Portaria nº 2.607, de 10 de dezembro de 2004, primeiramente foi aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde em 04 de agosto de 2004. Determina, entre outras proposições, que o plano será objeto de revisão sistemática de monitoramento e gestão, e que cabe ao Ministério da Saúde a sua gestão. Tem como objetivo principal o cumprimento do direito à saúde, buscando a redução do risco de agravos e o acesso universal e igualitário às ações para a sua promoção, proteção e recuperação, observando a equidade na atenção, aprimorando os mecanismos de financiamento, diminuição das desigualdades regionais e produção de serviços de qualidade, oportunos e humanizados (BRASIL, 2005).

nacional que possam impactar positivamente nos indicadores de saúde da população; ao gestor estadual, cabem ações como manter articulação com municípios para apoio à implantação e supervisão das ações de promoção da saúde; e ao gestor municipal, cabem ações como a participação efetiva nas iniciativas dos gestores federal e estadual no que diz respeito à execução das ações locais de promoção da saúde (BRASIL, 2006).

Outro evento importante para a promoção da saúde no Brasil foi a III Conferência Latino Americana de Promoção da Saúde e Educação em Saúde, ocorrida em São Paulo em novembro de 2002, e que reuniu 1500 participantes com a apresentação de 600 trabalhos registrados em anais (CARVALHO; WESTPHAL; LIMA, s.d.). Essa conferência teve como tema "Visão Crítica da Promoção da Saúde e Educação para a Saúde: situação atual e perspectivas", e objetivou o estímulo e desenvolvimento de estratégias de promoção da qualidade de vida, saúde e educação na América Latina (III CONFERÊNCIA..., 2002).

Dentre as conclusões da III Conferência, foi consenso que a promoção da saúde implica a criação de uma agenda social integrada que busque alternativas ao desenvolvimento, a adoção de processos democráticos que permitam a participação social, na preservação e respeito do sujeito enquanto centro da ação, na superação da fragmentação da atenção e do cuidado e, por fim, na defesa da adoção de sistemas públicos de saúde comprometidos com ações coletivas de saúde e assistência de qualidade (III CONFERÊNCIA..., 2002). Em suma, as conclusões da Conferência são desafiadoras e associam-se a repercussões de reuniões e cartas internacionais.

Haja vista todos os acontecimentos associados ao incentivo de políticas públicas de promoção da saúde, sejam eles internacionais ou nacionais, bem como todos os fatores que envolvem esse tipo de iniciativa, o certo é que políticas públicas de promoção da saúde promovem o direito à saúde e uma gama de outros direitos humanos na medida em

que levam conta todos os fatores que influenciam para uma vida saudável, uma vez

pensar em promoção da saúde na nossa realidade concreta é pensar em políticas públicas voltadas para a diminuição das iniquidades existentes na sociedade, em especial a brasileira, evidenciadas nas desigualdades em saúde, mas cujas raízes situam-se nas desigualdades de acesso ao conjunto de condições mínimas para a saúde. Pensar em políticas públicas saudáveis neste cenário, sem dúvida, implica, em primeiro lugar, ter como diretriz política a eliminação das múltiplas carências cotidianas da vida individual e coletiva, que passam pela pobreza, pela fome, pela exclusão social, inclusive de acesso aos serviços de práticas de saúde. Implica, também, em situar estes objetivos no vértice da pirâmide de prioridades políticas, visto que são, os verdadeiros determinantes do desequilíbrio social e sanitário forjado em nossa sociedade (VERDI; CAPONI, 2005, p. 87).

Nesse sentido, políticas públicas de promoção da saúde precisam ser prioridades na agenda política dos governantes para diminuir as inúmeras desigualdades existentes na seara sanitária e também no ambiente comunitário como um todo, com vistas a manter como enfoque o atendimento aos objetivos do SUS, o qual tem a promoção como uma de suas finalidades principais. Para tanto, “é necessário intensificar as ações das estratégias de promoção no cotidiano dos serviços de saúde, promover a autonomia das pessoas, indivíduos e profissionais” (HEIDMANN et al, 2006, p. 356), a fim de que juntos concluam que a saúde é o resultado das condições de vida e do desenvolvimento social.

Inspiradas por estas perspectivas, as políticas públicas de promoção da saúde têm como marco referencial a valorização de medidas que desenvolvam uma saúde geral de boa qualidade, devendo-se considerar “os elementos que integram o período pré-patológico do processo evolutivo de uma doença, a promoção da saúde é composta por medidas ou ações de saúde como educação sanitária, alimentação e nutrição adequadas” (VERDI; CAPONI, 2005, p. 84), entre outros elementos. Assim, uma política de promoção da saúde deve contribuir para atender aos propósitos do SUS, os quais vão muito além de sua construção, apontando para a

transformação das práticas sanitárias com a superação da baixa-cobertura em direção à universalização, busca da equidade, a integralidade do cuidado, e, mais além, se comprometer com a democratização da saúde (BRASIL, 2002b).

Considerações finais

Desde o início do século passado o Brasil tinha um modelo de atenção sanitária que priorizava ações de cura e controle de doenças contagiosas. O objetivo da saúde pública era, inicialmente, o controle de epidemias e a manutenção da mão de obra sadia. Com o passar do tempo, os serviços de saúde passaram a significar uma garantia destinada exclusivamente aos trabalhadores formalmente registrados e a seus dependentes, sem ser um direito constitucionalmente estabelecido.

A partir da ascensão dos direitos humanos, somada a insatisfação social frente ao sistema de saúde excludente e biomédico vigente, a inexistência de uma saúde pública de qualidade e universal passou a ser fortemente questionada. Exigia-se do Estado uma saúde pública que envolvesse toda a população de forma integral e universal, além de delegar aos tutelados uma parcela do poder de participação na execução do sistema.

Tais condições foram atendidas com a constitucionalização do direito à saúde em 1988, momento em que houve a sua elevação ao status de direito fundamental, social e humano. Institui-se, a partir de então, o Sistema Único de Saúde, um sinônimo de conquista social, e que deve ser fomentado pelo Estado por meio de políticas públicas e serviços que objetivem a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Não basta que o sistema esteja formalmente disposto na Constituição e nas leis, sendo necessário que o Estado expresse a sua vontade e corresponda aos objetivos do SUS por meio de políticas públicas específicas – dentre as quais, políticas que atuem para a manutenção do bem estar e qualidade de vida.

Nesse sentido, ainda é preciso percorrer uma trajetória de avanço nas concepções e práticas de saúde pública para consolidar o SUS da maneira como idealizado pelos movimentos sociais, oportunidade em que a promoção da saúde ganha ainda mais relevância por ser um sinônimo de afirmação dos direitos humanos.

A partir dessas premissas, a presente pesquisa buscou demonstrar que políticas públicas de promoção da saúde são parte estruturante do SUS, bem como são primordiais para evitar que o direito à saúde seja lesado. Não se trata, aqui, de se chegar a uma conclusão. Trata-se, apenas, de demonstrar o funcionamento do SUS e o quão importantes são as políticas públicas promocionais na sua sustentação.

Referências

AITH, Fernando; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Vigilância em saúde no Brasil: os desafios dos riscos sanitários do século XXI e a necessidade de criação de um sistema nacional de vigilância em saúde**. In: Revista de Direito Sanitário. São Paulo v. 10, n. 2 p. 94-125 Ago./Nov. 2009.

BECKER, Daniel. **No seio da família: amamentação e promoção da saúde no Programa de Saúde da Família**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 117 p. Disponível em: < http://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?id=00004002&lng=pt&nrm=iso&script=thes_chap>. Acesso em 01 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. Ministério da Saúde. **Política nacional de promoção da saúde (documento restrito)**. Brasília, 2002a. Disponível em: < http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_prom_saude.pdf>. Acesso em 12 dez. 2015.

_____. Ministério da Saúde. **Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. As Cartas da Promoção da Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde.** – Brasília: Ministério da Saúde, 2002b. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf> Acesso em 05 jan 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento. **Plano Nacional de Saúde: um pacto pela saúde no Brasil: síntese / Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Subsecretaria de Planejamento e Orçamento.** – Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_pacto_brasil_sintese.pdf>. Acesso em 15 jan 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política nacional de promoção da saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde.** – Brasília : Ministério da Saúde, 2006. Disponível em <http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/28_11_2013_14.57.23.7ae506d47d4d289f777e2511c83e7d63.pdf>. Acesso em 10 jan 2016.

BUSS, Paulo Marchiori; CZERESNIA, D. **Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**, v. 2, p. 19-42, 2003.

CARTA de Ottawa. **Primeira conferência internacional sobre promoção da saúde.** Ottawa, novembro de 1986. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em 21.jan.2016.

CARVALHO, Anonio Ivo de; WESTPHAL, Vera Lucia; LIMA, Vera Lucia Pereira. **Histórico da promoção da saúde no Brasil.** Disponível em: <[file:///C:/Users/MariaCristina/Downloads/historico_promocao_saude_brasil%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/MariaCristina/Downloads/historico_promocao_saude_brasil%20(1).pdf)>. Acesso em: 12 dez.2015.

CZERESNIA, Dina. **O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**, v. 3, p. 39-54, 2003.

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

HEIDMANN, Ivonete T. S. Buss et al. **Promoção à saúde: trajetória histórica de suas concepções**. In: Texto Contexto Enferm. Florianópolis, 2006. Abr-jun. p. 352-8.

III CONFERÊNCIA **Regional Latino-Americana de Promoção da Saúde e Educação para a Saúde**, novembro de 2002. Disponível em <<http://hygeia.fsp.usp.br/cepedoc/fr-carta.htm>>. Acesso em 21.jan.2016.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. **Políticas Sociais e de Saúde**. Rio de Janeiro: CEBES, 2012.

PAIM, Jairnilson Silva. **Modelos assistenciais: reformulando o pensamento e incorporando a proteção e a promoção da saúde. Notas para discussão nos Seminários Temáticos Permanentes**. ANVISA/ISCUFBA. Brasília, 28/3/2001.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SICOLI, Juliana Lordello; NASCIMENTO, Paulo Roberto do. **Promoção de saúde: concepções, princípios e operacionalização**. In.: **Interface – Comunic, Saúde, Educ**, v7, n. 12, p. 101-22, fev. 2003.

SOUZA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas: do ressarcimento entre gestores públicos e privados da saúde**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

VERDI, Marta; CAPONI, Sandra. **Reflexões sobre a promoção da saúde numa perspectiva bioética**. Texto Contexto Enferm, v. 14, n. 1, p. 82-8, 2005.

III

Direitos Fundamentais no Brasil: a saúde como direito de todos e dever do Estado

*Evandro Luis Sippert*¹
*Janaína Machado Sturza*²

Considerações iniciais

Na análise dos aspectos históricos e conceituais relacionando direitos fundamentais e a saúde, denota-se que as positivções de tais direitos na Constituição visam garantir sua efetivação, em face do Estado, visando ter direito à vida e à dignidade, e ao acesso universal e igualitário aos serviços sanitários.

Assim é de destacada importância a análise da evolução dos direitos fundamentais, pois embora construídos em cada sociedade, em momentos históricos diferentes, são essenciais para o processo civilizatório, pois foram erigidos para salvaguardar o mais fraco em relação ao mais forte.

1 Doutorando em Direito pelo PPGD - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Mestre em Direito pela UNIJUÍ, Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ, Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, MBA em Gestão das Tecnologias de Informação e Comunicação em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Pós-Graduação em Docência do Ensino Superior pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado. Contato: evandro.sippert@gmail.com.

2 Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Contato: janasturza@hotmail.com.

Neste sentido, os direitos fundamentais foram colocados como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições Modernas, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Dentre os principais direitos fundamentais, destaca-se o acesso à saúde. No Brasil, a sua efetivação como direito fundamental, tem por alicerce o previsto na Constituição Federal, que se baseou nos ditames da Constituição Organização Mundial de Saúde e a Declaração dos Direitos do Homem.

O Estado por meio da efetivação dos direitos fundamentais, também deve(ria) promover as condições do acesso à saúde, com ações sociais que visem à inclusão do indivíduo para a consecução da prestação sanitária e o real alcance de seus fins sociais para que o indivíduo possa exercer seus direitos fundamentais, que são instrumentos jurídicos de tutela em face do Estado, de forma equilibrada e justa.

Destarte, o presente estudo tem por escopo esboçar uma análise histórica da evolução dos direitos fundamentais, a positivação destes importantes direitos na Constituição Federal de 1988, num viés de permitir acesso e defesa do bem-estar, o qual deve ser efetivado pelo Estado bem como suas consequências sobre o direito à saúde.

1. Características do surgimento e efetivação dos direitos fundamentais

A percepção da grandeza e importância dos direitos fundamentais percebe-se por meio da contextualização histórica, pois foram sendo construídos em contraponto e como forma de proteção do oprimido em relação ao opressor, para salvaguardar o mais fraco em relação ao mais forte. No tocante à diferença entre a concepção de direitos humanos e direitos fundamentais, que podem ser utilizados muitas vezes como sinônimos, Canotilho (2002) instrui que

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seria os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2002, p. 369).

Como são construções não lineares, cada sociedade ou Estado, construiu da sua maneira, rompendo paradigmas e criando (ou tendendo a criar) uma sociedade mais justa. Já na lição de Ferrajoli (2011, p. 107) “os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, esses valem, como direitos do indivíduo, para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas [...]”. Assim, a positivação dos direitos fundamentais, principalmente nas Constituições Modernas, tende a insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana e da vontade popular.

De acordo com Moraes (2011, p. 6-7), a origem dos direitos fundamentais do homem vem dos tempos remotos:

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. [...] surgiu na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles)[...].

Observa-se que os direitos fundamentais surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Moraes (2011, p. 7-10) complementa que foi no Direito Romano que primeiramente se esta-

beleceu um “[...] complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão”.

Para Cretella Neto (2012), alguns instrumentos legais também são considerados embriões dos modernos direitos humanos, pois garantiam a liberdade dos cidadãos, uma vez que na sociedade europeia e americana ainda houvesse escravos e os direitos das mulheres fossem mais limitados que os dos homens, não se pode afirmar que estes textos proclamavam uma verdadeira igualdade nem tão pouco liberdade das pessoas.

Continuando no mesmo diapasão, Bedin (2012) e Bobbio (1992) consideram que, com o objetivo de sedimentar o passado resguardando imunidades e privilégios e garantir assim a superioridade do Rei, outros instrumentos legislativos publicados em datas mais próximas do mundo moderno, além, é claro, dos exemplos do mundo antigo, “[...] também não se afastaram desta tradição de estabelecer deveres. No máximo, reconheceram franquias ou concessões ao Rei” (BEDIN, 2002, p. 37). Em que pese servirem de alvorada para a igualdade dos seres humanos e seus direitos fundamentais, deve-se ter cuidado e atenção ao momento histórico e às características da sociedade na época em que foram redigidos:

A Magna Carta, como é abreviadamente conhecida a Magna Carta Libertatum seu Concocordian inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae (Carta Magna das liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês), de 15.06.1215, a qual, embora fosse um instrumento que vinculava o rei e os barões feudais – e sequer mencionasse o povo – representa o reconhecimento de que o monarca deveria se submeter à lei, ainda que ele próprio fosse o legislador. Também o clero e a nobreza deveriam submeter-se às leis, o que lhes limitava os privilégios e poderes; a Lei de Habeas Corpus inglesa, de 27.05.1979, promulgada durante o reinado de Carlos II, (1630-1685), que conferiu eficácia ao instituto que já existia antes mesmo da Carta Magna.

a Bil of Rights (Declaração de Direitos) inglesa, de 16.12.1689, abreviatura de An Act Declaratory of Rights and Liberties of the Subject and Settling th Succession of the Crown (uma lei Declaratória dos Direitos de Liberdades dos Súditos e que estabelece a Sucessão da Coroa), que limitou os poderes governamentais e garantiu as liberdades individuais, além de atribuir ao Parlamento as funções de legislar e de criar tributos. Trata-se de um dos mais importantes textos constitucionais britânicos, assegurando liberdade ao Parlamento em eleições e no funcionamento, a salvo da interferência do monarca;

a Declaração de Direitos da Virginia, de 12.06.1776, a qual reconhece os direitos inatos da pessoa humana, que não estão sujeitos à alienação ou à supressão por decisões políticas, bem como de que todo poder emana do povo, e os governantes estão a ele submetidos, além de reafirmar a igualdade de todos perante a lei. Esse instrumento afirma, ainda, que os homens tem o direito de se rebelar contra governos inadequados e influenciou textos legais posteriores, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte (1776), o United States Bill of Rights (1789) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração americana de 1789 é formada pelas primeiras dez Emendas à Constituição Americana;

a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte, de 04.07.1776, que afirma a igualdade jurídica entre homens livres, lançando as bases democráticas para a jovem nação. Além disso, assentou pilares da sociedade americana, a defesa das liberdades individuais e a submissão dos governos ao consentimento popular;

a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, que suprimiu os privilégios monárquicos e feudais e proclamou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa de 1789;

a Constituição Francesa, de 03.09.1791, que acrescentou diversos direitos à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que lhe serviu de Preâmbulo;

a Constituição Francesa, de 04.05.1848, que aboliu a pena de morte em matéria política e instituiu deveres sociais do Estado para a classe trabalhadora

e para os necessitados em geral, além de abolir a escravidão na França e em todos os territórios franceses. (CRETELLA NETO, 2012, p. 664-665).

Na lição de Bedin (2002), temos que a Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) são os dois primeiros grandes indicadores de “[...] uma profunda mutação histórica: a emergência de um novo modelo de sociedade – modelo individualista – ou uma nova perspectiva de análise das relações políticas – perspectiva ex parte Populi” (BEDIN, 2002, p. 38). Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum: a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas.

Guerra (2013) menciona que desde as declarações formais de direito, passou-se a sua incorporação nos textos constitucionais, ganhando força na medida em que os textos institucionais erigem seus ditames como princípios informadores e de validade de toda a ordem jurídica, quanto à proteção da pessoa humana.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais foram colocados como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Como se pode observar, os elementos que compõem os direitos fundamentais não se desenvolveram na mesma época. Pelo contrário, tiveram seu desenvolvimento e apogeu em contextos históricos distintos, tanto os direitos civis quanto os políticos e sociais tiveram momentos de ligação. Entende-se que os elementos políticos e os sociais contribuíram, por haver interligação em alguns momentos entre eles, para a formação dos direitos fundamentais em relação as constituições bem como as convenções que lutaram para a liberdade humana (GUERRA, 2013).

No entanto, os direitos fundamentais chegam ao século XXI com grande força e vitalidade, sendo largamente utilizados em manifestações da sociedade civil, na política, para pleitear direitos, enfim, nas mais distintas reivindicações. Guerra (2013, p. 34) preceitua que os direitos

fundamentais são direitos humanos que buscam a dignidade, igualdade e liberdade da pessoa, garantidos pelo ordenamento jurídico nacional e internacionalmente. Para Moraes (2011, p. 20) os direitos fundamentais são um

Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

De acordo com o referido autor, os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia do Estado na esfera individual e consagração da dignidade humana, sendo reconhecido por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional e por tratados e convenções internacionais. Já para Dias (2012, p. 17) os “[...] direitos fundamentais podem ser definidos como atributos inerentes a todo ser humano, derivados de sua própria natureza e da necessidade de ter uma existência com dignidade”. Neste conceito, a pessoa é reconhecida como indivíduo consciente, racional e livre, devendo-se, então, ser promovida e respeitada a sua integridade.

Guerra (2013, p. 38) complementa que os “[...] direitos fundamentais são aqueles aplicados diretamente, gozando de proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito, e são provenientes do amadurecimento da própria sociedade”. Ou seja, os direitos fundamentais da pessoa humana têm por finalidade resguardar a dignidade e as condições de vida adequadas do indivíduo, além de proibir excessos que possam ocorrer por parte do Estado ou particulares.

2. Direitos fundamentais no Brasil: a (in)efetividade do Estado frente às demandas sociais

Na doutrina de Bedin (2002), observamos que a história não possui uma direção e nem uma linha de continuidade, pois é possível a qualquer

momento a história retroceder em relação ao seu desenvolvimento e mudar de direção sendo, portanto, um eterno enigma. Continuando na mesma baliza, as reivindicações dos direitos do homem dentro da sua história possuem uma continuidade interna, e que direitos representam um sinal de progresso ético e político da humanidade.

Portanto, é possível distinguir as gerações de direitos mesmo que de forma não linear, elástica e seguindo a forma predominantemente eu-rocêntrica. Bedin (2002) aduz que podemos compreender o desenvolvimento dos direitos do homem por meio de pelo menos duas grandes classificações³, sendo que em primeiro lugar, temos a classificação que foi proposta por T. H. Marshall (BEDIN, 2002, p. 41). Em segundo lugar, temos a classificação que está sendo proposta por Germán Bidart de Campos (1991), Celso Lafer (1991) e Paulo Bonavides (1993), (BEDIN, 2002, p. 42).

Bedin (2002) destaca que esta classificação, em cada uma das fases assinaladas, corresponde a um determinado período histórico. Portanto, desta forma, os direitos civis teriam surgido no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos sociais no século XX.

Assim, temos que os direitos de primeira geração ou dimensão⁴ abrangem os direitos negativos, ou seja, direitos de proteção do indivíduo oponíveis perante o Estado. Para Bobbio (1992, p. 32) são “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em

³ Bedin (2012) indica as datas indicadas por T. H. Marshall (1967), e em parte as datas apontadas por Germán Bidart de Campos (1991), Celso Lafer (1991) e Paulo Bonavides (1993), para propor esta classificação das gerações de direitos:

- a) direitos civis ou direito de primeira geração;
- b) direitos políticos ou direitos de segunda geração;
- c) direitos econômicos e sociais ou direitos de terceira geração;
- d) direitos de solidariedade ou direitos de quarta geração.

Assim, os direitos teriam surgido no século XVIII, os direitos políticos no século XIX, os direitos econômicos e sociais no início do século XX e os direitos de solidariedade no final da primeira metade deste século. (BEDIN, 2002, p. 42).

⁴ A doutrina diverge quanto a nomenclatura correta a ser utilizada, no tocante a “gerações” ou “dimensões” de direitos. No presente estudo entende-se que as expressões tem sentido análogo.

relação ao Estado”. Pode-se destacar num rol meramente exemplificativo o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Já os direitos de segunda geração ou dimensão são os direitos relacionados à igualdade, direitos políticos, sociais e culturais. São direitos coletivos e que exigem prestações positivas do Estado. Eles ficaram evidenciados nas Constituições do México (1917) e na Constituição de Weimar (1919), na Alemanha. Paulo Bonavides destaca que são direitos introduzidos nas Constituições das diversas formas de Estado social “depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (BONAVIDES, 2006, p. 517).

Já os direitos de terceira geração ou dimensão trazem no seu bojo os princípios da solidariedade ou fraternidade, protegem interesses de titularidade coletiva ou difusa, pois são direitos transindividuais e possuem uma preocupação premente sobre a atual e as futuras gerações. Em que pese existirem ainda autores que defendem a quarta ou quinta gerações ou dimensões de direitos, basicamente adota-se esta concepção para o presente estudo, principalmente a questão do meio ambiente sustentável e equilibrado, como direito de terceira geração ou dimensão.

Portanto, em se tratando de Brasil, os direitos fundamentais que estão positivados na Constituição envolvem desde os denominados direitos básicos ou essenciais, direitos civis e políticos, até os mais recentes, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Já em relação aos direitos de terceira geração, que incluem um ambiente ecologicamente equilibrado, amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que Canotilho e Moreira (1991, p. 66) lecionam que “os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”.

Em virtude da não concretização dos direitos sociais e quando o Estado não garante um direito fundamental, não permite também os Direitos Humanos, que são preteridos e não são efetivados, acarretando

um grande número de pessoas vivendo as margens da sociedade. Assim, sobre a relação fundante dos Direitos Humanos e o Estado, denota-se que,

A fetichização do Estado é um dos riscos que correm as posturas que fundamentam dos direitos humanos por ele. Por mais democrático, social, constitucional e “de direitos” que se pretenda ser o Estado, este não pode se considerar, em última instância, de maneira radical, o fundamento de direitos humanos. Afinal de contas, esse Estado democrático, social, constitucional e de direitos é produto da práxis histórica e, como tal, há de estar aberto a novidade que produz de novas práticas históricas de libertação. (MARTÍNEZ, 2015, p. 97).

Por ser um produto da prática histórica, o Estado, democrático, social, constitucional, deve ser aberto as práticas de libertação e emancipação. A despeito desta grande massa de pessoas que não tem acesso ao capital, não tendo condições de arcar com suas necessidades básicas e excluídas do amparo do Estado Social, o qual Boaventura de Souza Santos chamou de Estado Providência (SANTOS, 1987).

Ao criar o Estado Providência ou Social, a sociedade capitalista se (re)inventou para poder compatibilizar a modernidade e o desenvolvimento advindo do próprio processo por ela produzido de acumulação irrestrita de capital. Porém, segundo a doutrina neoliberal, este tipo de Estado desapareceu e apresenta-se atualmente como uma instituição anacrônica, sendo uma instituição nacional onde tudo mais está globalizado (STRECK; MORAIS, 2014).

Bobbio (1992, p. 72) leciona que os direitos sociais exigem uma intervenção ativa do Estado, pois exigem para sua realização prática, ou seja, de uma passagem de declaração puramente verbal para a sua proteção efetiva. Por isso, o Estado, principalmente no Brasil, deve ter políticas efetivas de inclusão e deve também estar conectado com o tempo social atual, pois na concepção de Bauman (2000), a sociedade passa de uma modernidade sólida para uma modernidade com fluidez e liquidez, onde tudo é volátil e a informatização da informação faz com que ela seja ins-

tantânea. Nesse sentido, espera-se que o Estado, principalmente nos Poderes Executivo e Legislativo, consiga dar estas respostas, pois não conseguindo satisfazer estas pretensões, torna-se inoperante.

Nesse contexto de necessidade de proteção e afirmação dos direitos fundamentais, a mudança do Estado Liberal para o Estado Social ocorre num viés de permitir acesso e defesa do bem-estar, o qual deve ser efetivado pelo Estado, pois a proteção dos direitos sociais [...] “requer uma intervenção ativa do Estado” (BOBBIO, 1992, p. 72). Sendo assim, os “[...] poderes constituídos são proibidos de prejudicarem o desenvolvimento individual, bem como devem promover as condições básicas para atingir tal finalidade, nomeadamente pela consagração e implementação dos direitos sociais” (LEITE, 2014, p. 105).

Nesse mesmo íterim, Leite (2014) leciona que a evolução do conceito de direitos fundamentais, juntamente com os direitos sociais, mostra que tão somente uma declaração de direitos não traz a felicidade do homem, pois um ideal de justiça só é atingido com a máxima realização destes direitos, permitindo ao homem alcançar seu pleno desenvolvimento individual e social.

Em decorrência, cria-se uma relação obrigacional entre o Estado, que é quem deve fazer as prestações positivas, e o indivíduo, que é o credor desses serviços. Porém, em países como o Brasil, a afirmação desses direitos na Constituição, não produz o resultado esperado, carecendo ainda de uma efetivação concreta, principalmente em virtude da influência que o modelo econômico globalizado tem no nosso país.

3. A Constitucionalização do acesso à saúde: a saúde no Brasil como direito de todos e dever do Estado

O direito à saúde com um viés social e estendido a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros no Brasil se efetivou a partir da Constituição Federal de 1988, sendo positivado no Art. 6º, reconhecido como um direito social. Portanto, são direitos de igualdade e “Valem como

pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, 2005, p. 287).

Verifica-se, assim, a clara importância que o poder constituinte originário inseriu na legislação maior no tocante à positivação do direito fundamental à saúde, criando, então, uma relação obrigacional entre o Estado e sociedade. Sarlet (2007) assinala que a saúde prevista na nossa ordem jurídico-constitucional possui fundamentalidade formal e material, as quais revestem os direitos e garantias fundamentais na ordem constitucional.

Em relação à fundamentalidade material, Sarlet (2007, p. 3) aduz que “[...] esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana”.

Desta forma, na lição de Figueiredo (2007), pode-se dizer que os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a proteção da integridade física, mental e emocional, conduzem à atuação dos particulares e do Estado na efetivação do direito à saúde, pois seguindo os ensinamentos de Bobbio,

[...] o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. [...] Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, [...] mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados. [...] (BOBBIO, 1992, p. 25).

Nesse mesmo íterim, Leite (2014) leciona que a evolução do conceito de direitos fundamentais, juntamente com os direitos sociais, mostra que tão somente uma declaração de direitos não traz a felicidade do homem, pois um ideal de justiça só é atingido com a máxima realização destes direitos, permitindo ao homem alcançar seu pleno desenvolvimento individual e social. Assim, ter acesso à saúde e dispor de

uma vida saudável, torna-se uma condição indispensável para sua própria sobrevivência.

Também o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público. (SARLET, 2007, p. 6).

No Brasil, destaca-se o acesso à saúde pública previsto na Carta Magna como direito social de todos e, embora estejam positivados no ordenamento jurídico, a sua efetivação na prática está longe de ser implementada de forma eficaz, influenciada por diversos fatores, principalmente econômicos, políticos e operacionais, entre outros.

Como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado social de Direito). (SARLET, 2007, p. 7).

Para Sarlet (2007), em se tratando do direito à saúde no caso concreto e partindo-se da classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa que podem ser direitos negativos e também direitos a prestações positivas, pode ser alocado em ambas as categorias, o que suscita influência na esfera da sua eficácia e efetividade.

Quanto à responsabilidade do Estado em relação aos direitos fundamentais, o direito à saúde é um direito de defesa em relação as ingerências do Estado, mas também torna o indivíduo credor do Estado, o qual tem a obrigação de efetivar políticas públicas no sentido de efetivar este tão importante direito. Ainda, no tocante a dimensão negativa do direito à saúde temos que,

o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. (SARLET, 2007, p. 10).

No tocante à chamada dimensão prestacional ou também chamada de positiva do direito à saúde, referem-se aos direitos que podem ser exigidos do poder público pelo titular do direito que, segundo nossa Constituição Cidadã, pode ser qualquer pessoa,

[...] com base nas normas constitucionais que lhe asseguram este direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde. (SARLET, 2007, p. 11-12).

O conceito de saúde como um marco referencial está no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), que é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) voltada para a saúde, que dispõe “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946).

O direito à saúde também se encontra positivado em outro importante documento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), e que foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948. É um marco significativo na história dos direitos humanos, pois foi elaborada com o intuito de estabelecer a proteção universal a estes direitos.

Para Schwartz (2004), a saúde como direito do homem está baseada na Declaração dos Direitos do Homem, cujo teor expressa o direito de todo o ser humano à prestação sanitária, o que, em consequência, levou a maioria das Constituições modernas positivarem a saúde como um direito fundamental do homem.

No Brasil, onde se seguiu essa ordem mundial, embora inoportunamente em detrimento de outros países, o direito à saúde faz parte do conjunto de direitos sociais elencados na nossa Carta Magna, juntamente com a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. A Constituição Federal já traz no seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático, o qual tem por finalidade precípua assegurar os direitos de liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e também de justiça como valores da sociedade brasileira, que deve ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

O ser humano que não possuir acesso a qualquer um dos direitos sociais garantidos, mas principalmente a serviços básicos de saúde, não poderá desenvolver-se nem como pessoa, nem como cidadão, pois não há condições de autodeterminação, nem condições física ou mental, se não tiver a efetivação do serviço social à saúde (LEITE, 2014).

Verifica-se, assim, a clara importância de que a Carta Magna inovou no tocante à positivação do direito fundamental à saúde, criando, então, uma relação obrigacional entre o Estado e a sociedade. No Brasil, as Constituições anteriores a de 1988 não traziam nenhuma garantia para todas as pessoas, mas somente ao trabalhador, o que denota que saúde era um direito apenas da classe trabalhadora.

Tal paradigma só será rompido com a Promulgação da Carta Magna de 1998, que inovou ao trazer no seu art. 196, a positivação desse importante direito fundamental: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário

às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Na mesma senda, os artigos seguintes 197, 198 e 199 da Constituição Cidadã, também trazem no seu bojo as diretrizes do poder constituinte originário, no sentido de orientar a efetivação do serviço de saúde, o qual pode ser efetivado pela participação da comunidade, assim também como é livre a iniciativa privada.

Na mesma vertente da Constituição, a Lei n. 8.080/90 (BRASIL, 1990) normatizou a atuação do Estado, que deve dar uma assistência universal e igualitária, sendo que restou claro que o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, tratando assim a questão sanitária como uma obrigação de todos.

A importância do bem-estar para o desenvolvimento do país, bem como a correta aplicação dos recursos sanitários, que muitas vezes são escassos, possibilitam dar condições mínimas para que o indivíduo possa exercer sua cidadania e viver dignamente. Outro grande óbice à possibilidade de poder atingir a definição de “bem-estar” é que, segundo Schwartz (2001), o conceito visa à imperfeição inatingível, uma vez que quantificar a perfeição é algo impossível, além do que é subjetivo e depende muito da evolução e da sociedade e da tecnologia disponível.

Nesse sentido, como dispõe a Constituição da Organização Mundial de Saúde, é que “os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”. No Brasil, é assegurado constitucionalmente e de forma infraconstitucional o direito à saúde como um direito humano e fundamental, e o Estado deve assegurar e promover a todos de maneira universal, pois somente com a efetivação do direito à saúde é que se terá a valorização da pessoa humana. Assim, cabe ao

[...] Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais

variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2007, p. 08).

Percebe-se que, nas últimas décadas, o Estado tem tido dificuldades em se democratizar e transformar os recursos de que ainda dispõe em prol de benefícios sociais. Em se tratando do Brasil, Streck e Moraes (2014) trazem a perfeita aplicabilidade do intervencionismo estatal, cuja condição para a realização da função social do Estado serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. A distribuição da renda e a consecução dos fins sociais deveriam ser um objetivo a ser atingido pelo Estado intervencionista e utilizado pelo capitalismo, “[...] como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que sucedeu nos países desenvolvidos o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 81).

É imprescindível, segundo Leite (2014), reconhecer a importância da constitucionalização do direito à saúde no Brasil, pois além de declarar a saúde como direito fundamental social, dá o norte necessário aos poderes constituídos, principalmente ao Poder Político, que tem por dever estabelecer as políticas públicas de efetivação da saúde. Para Sousa (2015), a saúde no Brasil encontra-se num nível muito aquém do aceitável para garantir e efetivar o direito à vida como a dignidade assegurada ao ser humano.

Portanto, as políticas públicas precisam atender as especificidades de cada indivíduo, sob pena de não surtirem o efeito desejado e estarem sendo desperdiçados os recursos sanitários escassos. Ingo Wolfgang Sarlet (1998) apud Sousa (2015) equipara

[...] vida saudável à vida digna, aproximando conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, já que 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 fundamentalidade indiscutível. (SARLET, 1998 p. 296 apud Sousa 2015, p. 71).

Portanto, a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2001, p. 52). Na doutrina de Sousa (2015), o direito à vida é o mais fundamental e importante de todos os direitos, pois a partir da vida, e uma vida saudável, é que se pode exigir a efetivação de todos os direitos fundamentais. Como bem prevê a Constituição da Organização Mundial da Saúde, somente com o gozo do melhor estado de saúde é que se torna possível atingir um dos direitos fundamentais de todo o ser humano.

Considerações finais

Por meio da contextualização histórica dos direitos fundamentais, tem-se a percepção da grandeza e da importância destes direitos, que embora constituídos de forma não linear, são um marco significativo no processo civilizatório, pois foram sendo construídos em contraponto e como forma de proteção do oprimido em relação ao opressor, para salvaguardar o mais fraco em relação ao mais forte.

Destarte, verifica-se que os direitos fundamentais surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural

Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais foram colocados como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições Modernas, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Porém, somente com evolução do conceito de direitos fundamentais, juntamente com os direitos sociais, mostra que tão somente uma declaração de direitos não traz a felicidade do homem, pois um ideal de justiça só é atingido com a máxima realização destes direitos, permitindo ao homem alcançar seu pleno desenvolvimento individual e social.

Destaca-se que dentre os direitos assegurados, ter acesso à saúde e dispor de uma vida saudável, torna-se uma condição indispensável para sua própria sobrevivência. Portanto, tais questões pertinentes ao acesso e efetivação de tão importante aplicação do direito fundamental do acesso à saúde como um direito social deve dar condições pelos Órgãos competentes, cumprindo as missões constitucionalmente previstas para a eliminação ou minimização das injustiças, opressões e exclusões, e pelo acesso generalizado e igualitário aos bens exigidos para se poder levar uma vida digna de ser vivida.

O direito à vida é o mais fundamental e importante de todos os direitos, pois a partir da vida, e uma vida saudável, é que se pode exigir a efetivação de todos os direitos fundamentais. Como bem prevê a Constituição da Organização Mundial da Saúde, somente com o gozo do melhor estado de saúde é que se torna possível atingir um dos mais importantes direitos fundamentais de todo o ser humano.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A idade média e o nascimento do estado moderno: aspectos históricos e teóricos**. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Editora Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 ago. 16.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 31 jul. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Editora Coimbra, 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Reinaldo. **Introdução aos Direitos Humanos**. Campinas/SP: Editora Alínea, 2012.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 1948. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/decdirhumanos.htm>. Acesso em: jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editoria. 2011.

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

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde**: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial. Curitiba, Juruá, 2014.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. **Fundamentos dos Direitos Humanos Desde a Filosofia da Libertação**. Tradução Ivone Fernandes Morcilo Lixa e Lucas Machado Fagundes. Ijuí. Unijuí. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria geral, comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. 1946. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 27 jul. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **El milênio huérfano**: Ensayos para una nueva cultura política. Madrid: Trota, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set/nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação de uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

_____. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

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

SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas públicas**: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

IV

“Pai, afasta de mim esse cálice, de vinho tinto de sangue”: aspectos de um suposto conflito de direitos fundamentais na transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová

*Schirley Kamile Paplowski*¹

*Eliete Vanessa Schneider*²

*Dieisom Daniel Scheifer*³

Considerações Iniciais

“Pai, afasta de mim esse cálice, de vinho tinto de sangue” consiste em trecho da música escrita por Chico Buarque e Gilberto Gil, gravada ao tempo da Ditadura Militar no Brasil (anos 1970), como protesto metafórico ao autoritarismo vigente no país. No presente trabalho, diferentemente, o verso possui conotação literal, ao contrário da letra da música *Cálice*.

De modo diverso, ao utilizar a expressão do “cálice de vinho tinto de sangue”, este estudo retrata a busca pelo afastamento do sangue por pessoas adeptas à religião Testemunhas de Jeová, uma abstenção do tratamento médico conhecido por transfusão sanguínea. A fim de

¹ Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UNIJUÍ (Mestrado), com área de concentração em Direitos Humanos. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), através do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior (PROSUC). Bacharela em Direito pela UNIJUÍ (2019). E-mail: schirleykamile@hotmail.com

² Docente do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul). Mestre em Direitos Humanos e Doutoranda em Direitos Humanos pela mesma instituição. E-mail: eliete.schneider@unijui.edu.br.

³ Bacharel em Direito pela UNIJUÍ (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul). E-mail: d.scheifer@yahoo.com.br.

desenvolver a investigação de modo breve, o estudo conta com três seções, nas quais serão analisados, inicialmente, o aporte teórico sobre a dignidade, enquanto valor fundamental e *status* jurídico-normativo na Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Após, considerando os debates e visões que o tema provoca, a segunda seção comporta o debate de um suposto conflito de direitos fundamentais e como a técnica de ponderação, de Robert Alexy, busca solucionar os desencontros. Por fim, a terceira seção adentra na celeuma desta pesquisa, a respeito da caracterização religiosa, perspectiva e dignidade humana à luz da religião Testemunhas de Jeová.

Para a condução dos propósitos, que incluem expressar os interesses sociais de adeptos da religião e do conhecimento social acerca do tema, o método adotado foi o hipotético-dedutivo, através do seguinte problema: há verdadeiramente um conflito de direitos fundamentais entre o direito à vida e à liberdade de crença na abstenção de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová? A hipótese delineada foi de que esse conflito inexistente, por dois motivos: tanto pelo fato de que a realização de transfusão sanguínea não é sinônimo de direito à vida (existindo outros tratamentos médicos que não tenham o sangue como sua base), assim como pelo fato de que a vida não pode estar dissociada de seu sentido, de dignidade, a qual, para seu atendimento, pressupõe o respeito à autonomia.

1 Apontamentos acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais na constituição brasileira

Como ponto de partida quando se trata de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, há que se refletir acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão da relação umbilical entre eles existente. Não há como tratar de direitos fundamentais, em especial os direitos que serão objeto do presente trabalho, quais sejam, o direito à

vida e à saúde, e também o direito à liberdade religiosa e de crença, sem que se mencione o valor maior intrinsecamente trazido pela posituação destes direitos fundamentais: a dignidade.

Sintetizando, ainda que de forma singela, o conceito de dignidade da pessoa humana, verifica-se como qualidade intrínseca dos sujeitos, que por sua vez é irrenunciável, inalienável, qualificando o ser humano como tal. É, portanto, inerente à pessoa, de modo que “não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade” (SARLET, 2012, p. 77). Isto é: na medida em que a dignidade constitui um atributo à pessoa, inerente pela simples condição de existir, não há que se falar em postulação ou pedido dessa qualidade, porque já lhe é inata.

Como precedente normativo da dignidade da pessoa humana, convém sinalar o paradigmático artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 2019), que assim versou: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”. Referido dispositivo, insta reafirmar, trouxe consigo a missão da reconstrução e universalização dos direitos humanos, após a profunda e fria barbárie mundial, elevando a concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Ainda na árdua tarefa de trazer elementos conceituais para a dignidade da pessoa humana, elucidativa a expressão de Ingo Sarlet (2012, p. 78), ao versar que “à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU [...] verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido [...]”, haja vista que “[...] a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).”

Volta-se a atenção para a última parte da importante citação, que trata do direito de autodeterminação da pessoa – mais profundamente abordado na parte final do presente ensaio, que versará, conforme já mencionado no introito, acerca de um suposto conflito de

direitos fundamentais existente diante da negativa de transfusão sanguínea por Testemunhas de Jeová. Por derradeiro, na análise conceitual acerca da dignidade da pessoa humana e, ainda, seguindo os passos de Ingo Sarlet (2011, p. 73), utiliza-se conceito por ele trazido, reforçando os aspectos de qualidade inerente à condição de pessoa humana e de sua eficácia irradiante (porque merecedora de respeito em relações públicas e privadas):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Após a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, embora se reconheça a singeleza desta tarefa no presente trabalho, necessário inferir a impressão de que o conceito traçado representa a grandeza e a importância deste princípio no âmbito nacional, que pela primeira vez, em 1988, foi elevado à base de toda a ordem constitucional, como reflexo, a saber, do pós-guerra, mediante a positivação do princípio em voga e de direitos fundamentais pela Carta Magna.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu processo de redemocratização, dotou o texto fundamental de profunda carga valorativa, ao inscrever a dignidade humana como fundamento da República Federativa (em seu artigo primeiro, inciso três). Corresponde dizer que, tamanha é a importância da dignidade, porquanto pressuposto basilar e fundamental de textos normativos, que todas as demais ações (sejam jurídicas, legislativas ou administrativas, ou até mesmo entre particulares) deverão respeitá-la, levando em

consideração a abstratividade do seu conceito, a partir de uma ideia de vida que valha a pena ser vivida – na acepção empregada pela filósofa norte-americana Martha Nussbaum (2014).

Em aspectos mais palpáveis, por assim dizer, pertinente também a análise desenvolvida pelo espanhol Joaquín Herrera Flores (2009), que estimula o pensamento sobre a construção de direitos, através de processos. Para este autor, a eficácia da dignidade surge com o atendimento de necessidades referentes a bens (materiais e imateriais), nos seus mais amplos sentidos, como de satisfação física, econômica, espiritual, cultural, ambiental.

A adoção do fundamento da dignidade humana no âmbito constitucional levou seus reflexos ao direito privado brasileiro, inclusive, culminando no fenômeno da constitucionalização do direito privado. A inserção dada pelo constituinte de 1988 revelou uma clara opção legislativa e política, de que a dignidade da pessoa humana não se caracteriza no rol de direitos e garantias fundamentais, mas foi elevada, pela primeira vez, à condição de princípio (e valor) fundamental – através da redação do artigo primeiro, inciso de número três (SARLET, 2012). A dignidade humana goza, assim, de um *status* jurídico-normativo, por expressa previsão.

Desta forma, percebe-se que os direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna brasileira encontrarão sua matriz, seu fundamento direto e imediato em um valor: na dignidade da pessoa humana. Com um conceito dotado de variações e perspectivas, o que é típico de valores estruturantes, a dignidade permeia majoritariamente as relações humanas, ainda que não diretamente referida. É sobre ela que reiteradas teorias de justiça são construídas, que relações hierárquicas são enfrentadas e que o Direito e a academia se movimentam, a exemplo deste estudo.

2 Conflito de direitos fundamentais e o princípio da ponderação como técnica de resolução

O direito à vida, bem como o direito a ter uma vida digna, encontra estreita ligação com o resultado de acontecimentos históricos, nos quais o próprio sujeito interpretava o seu próximo como sendo um simples objeto de trabalho, que poderia ser torturado e até mesmo vendido, caso não atendesse ao fim que lhe era destinado – a exemplo da escravidão, que não toma muita distância dos tempos atuais, dentre outros trágicos episódios da história. Com efeito, a percepção sobre a importância da dignidade da pessoa humana criou asas quando o Estado passou a intervir nos interesses individuais, com a imposição de garantias básicas inerentes à condição humana, as quais podem ser interpretadas de formas diferentes, dependendo da crença de cada indivíduo.

Ainda que se esteja discutindo sobre direitos básicos fundamentais, a exemplo da liberdade de crença religiosa, não se pode ignorar o fato de que sempre haverá conflitos entre as mais protegidas garantias existentes na Constituição da República. A amplitude dos direitos fundamentais faz com que a pessoa humana, enquanto ser racional, opte por escolhas mais favoráveis e compatíveis às suas próprias ideologias, de modo a garantir o livre curso da própria existência. Portanto, o Estado não detém legitimidade para barrar as escolhas de cada indivíduo de forma injustificada (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

O que vem a ser a colisão de direitos fundamentais é explicada pelo jurista José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 1.191), nas seguintes palavras: “uma colisão autêntica de um direito fundamental, ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular”. Contudo, há hipóteses nas quais o conflito se dá no exercício de direitos por parte de um único titular. Ou seja, determinadas escolhas tomadas

em nome da autonomia dos sujeitos poderão acarretar na ofensa direta ou reflexa de outro direito seu, com proteção conferida a ambas pelo texto fundamental.

Trazendo à baila do tema abordado, sobre a realização de tratamento médico com transfusão de sangue e a crença de Testemunhas de Jeová, é perceptível o discurso dominante acerca da existência de um conflito: entre o direito à vida e o direito à liberdade de crença religiosa, ambos rigorosamente amparados pela Constituição. O primeiro assume o posto de principal direito humano, já que é a partir dele que todos os demais são usufruídos. Nesse passo, é o entendimento de Culleton, Bragato e Fajardo (2009, p. 162), que explicam sobre o direito à vida: “Esse que é considerado o principal direito humano, já que dele depende o gozo de todos os outros, decorre do valor que se atribui a cada vida humana singular, razão pela qual o homicídio é considerado crime e punido desde os primórdios das civilizações.”

O artigo quinto, *caput*, da Constituição Federal de 1988 expressamente tutela a vida humana, independentemente do critério de nacionalidade, bastando que a pessoa se encontre sob o domínio da jurisdição brasileira, ao versar 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 [...]” (BRASIL, 2018). Nesse sentido, em se tratando de discussões acerca de direitos fundamentais conflitantes e sendo reclamado a decidir a celeuma, o Poder Judiciário, salvo raras exceções, tem apresentado o entendimento de que o direito à vida, enquanto uma garantia fundamental inerente a qualquer outro direito, deverá prevalecer ante outro valor.

Quanto ao direito à liberdade religiosa, ora posto em um suposto conflito com o direito à vida no presente trabalho, observa-se que, dentro do mesmo dispositivo legal supramencionado, o legislador constitucional garantiu várias formas de expressar a liberdade, dentre elas no tocante à crença religiosa. Isso, pois, da dicção do artigo quinto, incisos quatro e

oito: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.” Ainda, o inciso oito garante o seguinte: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 2018).

Por se tratar de dois importantes direitos fundamentais, é possível que existam grandes discussões dentro do âmbito jurídico, afinal, inexistente na Constituição um dispositivo legal capaz de dispor acerca dos direitos postos em conflito. O que há são expressos entendimentos firmados por doutrinadores, porém, cabe aqui ressaltar que não há nenhum entendimento unânime acerca do assunto. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008), por sua vez, ensinam que quando houver situações em que dois direitos fundamentais estão em conflito, deverá prevalecer aquele apresentar uma maior segurança ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De modo corriqueiro, o Poder Judiciário decide acerca de quais direitos fundamentais deverão prevalecer em determinados casos, sem que sejam ignorados os princípios básicos previstos na Constituição, cujo papel principal é buscar a aplicação adequada da lei. Para Mendes, Coelho e Branco (2008), a solução mais adequada consiste na utilização do juízo de ponderação, de modo a garantir um resultado mais coerente pautado pelos valores constitucionais existentes. Os referidos autores afirmam, também, que a ponderação está aliada à noção do princípio da proporcionalidade.

Desencontros de direitos fundamentais em um Estado Democrático não constituem eventos atípicos. A ponderação surge, pois, como método para equilibrar esta situação. O seu advento parte da teoria jurídico-filosófica de Robert Alexy, o qual identifica o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com a técnica da ponderação. Clève e Freire (2002, p. 36) sustentam que o conteúdo deste princípio perpassa

pela expressão do “[...] equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.” Ou seja, o método da ponderação está relacionado a sopesar aspectos negativos e positivos que venham a ocorrer por uma medida que limita, em certo grau, determinado direito em nome da proteção de outro; como técnica de resolução de um conflito de direitos. Esse sopesamento decorre do estado de contradição entre direitos fundamentais.

Há que se observar, contudo, que as técnicas resolutivas de conflitos desta natureza, vigentes na doutrina e na prática jurídica, não são aplicáveis ao caso em tela, na medida em que inexistente um conflito ou colisão de direitos fundamentais. Isto é: o que há, efetivamente, é uma falsa percepção, a invocar o direito à vida e à liberdade religiosa como direitos fundamentais em confronto nas escolhas tomadas por adeptos à religião Testemunhas de Jeová, a respeito da transfusão sanguínea. Predomina a visão unilateral de que o referido tratamento seria o único apto a salvaguardar o bem maior em determinados casos, quando, em verdade, ele não só não garante efetivamente o resultado esperado (proteção da vida), como não se trata do único meio à disposição para a saúde dos sujeitos. Esta celeuma é, pois, o objeto da seção seguinte.

3 Da (in)existência de conflito entre direitos fundamentais e o respeito à dignidade e autonomia da pessoa humana

Testemunhas de Jeová é a denominação dada ao grupo de religiosos cristãos, com particularidades que os diferem de outras religiões, tais como não cultivarem crença em alma imortal, trindade ou inferno. Por outro lado, nutrem adoração única a Deus, para os quais recebe a denominação de Jeová, informação contida nos próprios escritos bíblicos. Todas as suas crenças são orientadas pela bíblia, por vezes com linguagem simbólica, o que requer dos religiosos um profundo estudo

sobre os escritos históricos. Seguem os ensinamentos e exemplos de Jesus Cristo e acreditam em um Reino de Deus (terreno e celestial), que passará a governar a Terra em momento não precisado, entretanto creem seja em breve, dentre outras circunstâncias diferenciais (JW.ORG, 2018a).

Uma das peculiaridades de Testemunhas de Jeová (que, inclusive, é o tema deste estudo) cuida-se de sua não aceitação ao tratamento médico que realize transfusão sanguínea. Há motivos para tanto, tudo com escopo nas referidas orientações religiosas. Pela regência de relações interpessoais e públicas orientadas por normas e instituições, em um Estado Democrático de Direito, essa escolha possui impactos que transcendem a discussão no plano religioso e adentram na esfera jurídica.

Surge, na linha do antes exposto, uma espécie de conflito entre direitos fundamentais, o qual, para ser solucionado, exige a técnica da ponderação. Todavia, deve-se tomar o presente trabalho como atividade crítica e, a partir disso, exercer o ofício básico de questionar as chamadas “verdades absolutas” do meio social, muitas das quais despercebidamente defendidas. O fato de se afirmar que existe um confronto entre direitos fundamentais pela não aceitação de transfusão sanguínea aos adeptos da religião Testemunhas de Jeová é um primeiro ponto de discussão, já em posição oposta ao exercício livre de pensar.

Isso porque, pressupor que há um conflito entre a liberdade de crença e o direito à vida significa dizer que negar o tratamento em tela põe em risco a própria vida. Todavia, quais são os fundamentos a indicar que a não transfusão de sangue colocará em risco o direito à saúde e o direito à vida? Parte-se, portanto, do ponto de que existem outros mecanismos para o tratamento e que a transfusão não assegura recuperação certa ao indivíduo, além dos riscos que lhe são inerentes (como a transmissão de doenças não suficientemente identificadas em exames próprios).

Através do site oficial de Testemunhas de Jeová, “JW.org”, são explicadas as razões para essa escolha, que possuem motivos antes religiosos do que médicos. Os professantes, contudo, não se abstêm de fazer uso de medicamentos e de outros tratamentos. A celeuma reside quanto ao sangue, porquanto se orientam no princípio de que ele representa a vida e não pode ser ingerido.

Tanto o Velho como o Novo Testamento claramente nos ordenam a nos abster de sangue. (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29) Além disso, para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Então, nós evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida. (JW.ORG, 2018b)

Sandra Franco, presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde (ABDMS), Nina Neubarth, advogada, e Fabio Rodrigues Lima (2018, s.p.), promotor de justiça, explicam outras condições que obstam a escolha pelo procedimento. “Os seguidores da religião Testemunhas de Jeová têm como crença a impossibilidade da realização da transfusão de sangue; para eles, o sangue de outrem é impuro, moralmente contaminado.” Os argumentos repousam nos próprios ensinamentos bíblicos, dentre os quais “[...] está em citações bíblicas como do Gênesis (9,3-5), do Levítico (17,10) e dos Atos dos Apóstolos (15,20), nas quais se afirma que é um princípio cristão não consumir sangue, não havendo diferença entre consumi-lo por via oral ou intravenosa.”

Nesse sentir, em que os preceitos morais são orientados por determinações bíblicas, cuja crença não pode ser de modo algum questionada (dada a laicidade do Estado brasileiro), outras opções de tratamentos médicos são buscadas pelos religiosos, consistentes em medidas terapêuticas sem sangue e riscos transfusionais, como medicamentos que atuam na medula óssea para a produção de células sanguíneas.

Com aportes de ambas as perspectivas, veja-se a defesa do constitucionalista Pedro Lenza (2017, p. 1145), o qual argumenta, em uma ponderação de interesses, o prevalecimento da proteção da vida. Cita em sua obra julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, datado de 2009, em que se exemplificou a inexistência de permissivo legal para a prática da eutanásia, assim como vedação do induzimento ou auxílio ao suicídio. Dessa maneira, “deve prevalecer o direito à vida, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo este, sem sombra de dúvida, primário e antecedente a todos os demais direitos.”

Ocorre que, ao fim e ao cabo, não se pode dizer com precisão que um paciente irá falecer na hipótese de recusar o procedimento da transfusão, assim como que irá sobreviver se aceitá-lo. Assim sendo, não há que se falar em violação do direito à vida pela negativa da transfusão, haja vista ela não garantir a proteção do bem maior, da mesma forma que deixar de fazê-la não pressupõe a morte. Antes, consiste no exercício da autonomia da vontade, da liberdade de crença e de religião dos sujeitos, quer sejam professantes da religião Testemunhas de Jeová, quer não (tuteladas constitucionalmente, por força do disposto no artigo 5º, incisos II e VI da Constituição Federal de 1988).

Como explica Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 59): “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder” e, ainda, “onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana [...]”. Aparentemente é mais fácil afirmar o que ofende a dignidade, do que aquilo que ela representa. Contudo, compreende-se que viver com o resguardo de direitos e garantias fundamentais, com o respeito pelas próprias escolhas, especialmente aquelas que se referem à vida, propicia

a dignidade humana. E nesse caminho mostra-se de grande clareza a exposição de Franco, Neubarth e Lima (2018, s.p.):

Em outros casos, pode não ser tão fácil se aferir qual o direito de maior valor. No caso da transfusão de sangue, para a maioria da população, em especial àqueles que não são seguidores das Testemunhas de Jeová, a resposta seria unânime: a vida deve se sobrepor a tudo. Porém, a crença religiosa daqueles que optaram pela não realização do procedimento gera um conflito moral interno, em que o descumprimento das regras religiosas é pior que a morte.

Ou seja, havendo imposição do procedimento de transfusão sanguínea (que não garante proteção efetiva da vida humana, novamente lembrando), qual a sua finalidade se o fará em contrariedade às convicções da pessoa, a ponto de padecê-la no aspecto espiritual, em evidente afronta a uma vida digna?

A questão permeia o campo jurídico em sentido doutrinário e prático, ecoando por outros campos, como o artístico (a exemplo da literatura), refletindo suas indagações nestes ambientes. A respeito da judicialização deste tema, a sequência o compreenderá. Antes, contudo, será precedido pela forma literária que o tema ganha formas. “A balada de Adam Henry”, romance escrito por Ian McEwan (2014), conta a história da Juíza Fiona, que precisa decidir por autorizar ou não um hospital a realizar transfusão sanguínea em Adam, jovem de 17 anos, a contragosto deste e de seus pais.

Neste caso, a Juíza se desloca ao hospital, a fim de ouvir os advogados da Instituição, bem como os pais do menino e ele próprio. Questionado sobre o motivo para a negativa na realização da transfusão, Adam justifica que é errado, que Deus diz que é errado, assim como que outras coisas são erradas, a exemplo do assassinato e da tortura. A Juíza lhe questiona se a transfusão é tortura para ele, que responde que a transfusão e a tortura só são semelhantes por serem ambas erradas, e que se sabe o que é errado em nosso coração. Citou o livro de Levíticos e de Atos, dissertou sobre a condição do sangue enquanto essência, sobre a

palavra literal de Jeová, sobre contaminação, falando como um aluno inteligente, brilhante e argumentador.

Os olhos escuros, cor de violeta, brilhavam sob os efeitos de suas palavras. Fiona reconheceu certas frases ditas pelo pai. Mas Adam as pronunciou como se fosse o descobridor de fatos elementares, o formulador da doutrina, não o destinatário. Ela estava ouvindo um sermão reproduzido fiel e apaixonadamente. Ele se apresentou como porta-voz de sua seita quando disse que ele e a congregação só desejavam ser deixados em paz para viver segundo o que sabiam ser verdades evidentes. (MCEWAN, 2014, p. 71).

Importante mencionar o pedido de Adam, quanto a ser deixado em paz com suas escolhas e convicções. Pedido este que constitui o princípio da autonomia humana, a liberdade na realização de escolhas do indivíduo, a fim de lhe propiciar uma vida digna de ser vivida. No caso de Adam, a Juíza Fiona acabou por decidir pela autorização da transfusão, e a sentença gerou um grande efeito negativo na vida dele, levando-lhe à morte depois de algum tempo. A obra corrobora o sentido trazido no presente ensaio, quanto à necessidade de respeito pela autonomia das escolhas dos indivíduos, em nome de suas crenças e dignidade. Importa observar, também, que “A balada de Adam Henry” reúne elementos reais da vida social, mas apresenta um enredo com enfoque na transfusão, sem outras alternativas, de modo que, sob esta história, a ausência do tratamento implicaria na morte do menino, o que não se endossa.

A predominância da dignidade humana ecoou nos tribunais brasileiros. Cuida-se do julgado do Tribunal de Justiça gaúcho, ano de 2010, que pôs a dignidade humana no ápice da discussão, a fim de que o tratamento médico optado, que não a transfusão de sangue alheio, fosse respeitado. Entendeu ser medida incabível a imposição e submissão da paciente, ora recorrente, a tratamento médico com o qual não concordasse e que, para ser procedido, necessitasse do uso de força policial. “Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo

tornar a existência restante sem sentido”, narra o acórdão, assim ementado:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. **LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** PREVALÊNCIA. **OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE.** A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. **Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido.** Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2010, s.p., grifou-se)

A liberdade de crença manifestada pelos indivíduos, como no caso de adeptos da religião Testemunhas de Jeová, reveste suas vidas de sentido, que, como bem detalhou o Relator do julgado acima (Desembargador Cláudio Baldino Maciel), “[...] sentido este não compreendido, na sua verdadeira dimensão, por quem não vive e não comunga de tais valores.” (RIO GRANDE DO SUL, 2010, s.p). Ainda, “a dignidade que emana da sua escolha religiosa tem tamanha importância para ela que, entre correr o risco de perder a vida, mas permanecer íntegra em relação aos seus valores/ideais religiosos, e receber uma transfusão de sangue [...]”, mas em violação de seus valores, optam pela integridade na crença. Viver em uma sociedade pluralista como a brasileira exige compreender as escolhas que diferem uns dos outros,

revestidas de liberdade e de autonomia, impondo-se o respeito. E, além disso, requer compreender também os reais conflitos (in)existentes na sociedade contemporânea.

Considerações finais

O breve percurso teórico deste estudo buscou responder uma problemática de investigação, consistente em: há verdadeiramente um conflito de direitos fundamentais entre o direito à vida e à liberdade de crença na abstenção de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová? A hipótese delineada foi de que esse conflito inexistente, por isso que retratado enquanto um “suposto” desencontro. A resposta preliminar foi ancorada em dois motivos: tanto pelo fato de que a realização de transfusão sanguínea não é sinônimo de direito à vida e saúde (existindo outros tratamentos médicos que não tenham o sangue como sua base), assim como pelo fato de que a vida não pode estar dissociada de seu sentido, de dignidade, a qual, para seu atendimento, pressupõe o respeito à autonomia. Ou seja, a realização do atendimento do direito à vida requer, para sua satisfação, que ela seja digna de ser vivida (uma concepção complexa, a envolver elementos de subjetividade, crença, capacidades, dentre outros).

O procedimento médico amplamente conhecido como transfusão de sangue não se constitui em único mecanismo para proteger a vida, tendo em vista que diversos outros meios são adotados por Testemunhas de Jeová (cirurgia sem sangue por equipamentos especiais, como laser, e medicamentos, como eritropoietina, usados para estimular a produção de glóbulos vermelhos). Esses, por convicção religiosa, abstêm-se de qualquer procedimento que insira em seu organismo sangue alheio. Sobrepõe-se, portanto, não uma discussão de conflito entre direitos fundamentais (como à vida e à saúde em oposição à liberdade de crença), mas na dignidade da pessoa humana, porquanto do que adianta valer-se

do procedimento, que não garante proteção da vida, se o fará em contrariedade às convicções da pessoa, impondo-lhe sofrimento moral?

Não há, portanto, no caso da negativa de transfusão sanguínea por Testemunhas de Jeová, um conflito entre direitos fundamentais, para o qual se mostre necessária a aplicação do princípio da ponderação. Há, sim, a necessidade de alteridade e respeito pelas escolhas dos outros, a fim de possibilitar sua compreensão, assim como a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil**, Curitiba, n. 1, p. 29-42, mar./ago. 2012.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editoria UNISINOS, 2009.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANCO, Sandra; NEUBARTH, Nina; LIMA, Fabio Rodrigues. Medicina e Religião. **Gazeta do Povo**. Publicado em: 21 set. 2012. Disponível em:

<https://www.gazetadopovo.com.br/blogs/tubo-de-ensaio/a-medicina-e-a-religiao/>. Acesso em: 20 set. 2018.

JW.ORG. **Quais são as crenças principais das Testemunhas de Jeová?** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/crencas-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 18 set. 2018(a).

JW.ORG. **Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?** Disponível em: [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search_id\]=78a1d906-2c53-4ba1-8589-1b53fb912ad8&insight\[search_result_index\]=0](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=78a1d906-2c53-4ba1-8589-1b53fb912ad8&insight[search_result_index]=0). Acesso em: 18 set. 2018(b).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MCEWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19210&revista_caderno=9. Acesso em: 22 mar. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. **Educação e justiça social**. Tradução de Graça Lami. Portugal: Pedago, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento Nº 70032799041**, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06 maio 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

V

Quanto vale a saúde?

Os altos custos dos medicamentos e o direito fundamental a saúde (re)pensando o protagonismo do poder judiciário

*Nathália Facco Rocha*¹

*Isabel Christine Silva de Gregori*²

Considerações iniciais

A saúde no Brasil sempre foi motivo de discussão e apreensão por parte de quem necessita da prestação do Estado para se manter vivo. No tocante ao acesso a medicamentos isso não se faz diferente, uma vez que tem sido muito comum a prática de recorrer ao Judiciário para suprir a falta do fornecimento gratuito pelos postos de saúde, assim como quando a necessidade se mostra por medicamentos de alto custo monetário, sem os quais a vida do indivíduo é posta em risco.

A instituição do Poder Judiciário, bem como a figura dos juízes tem tido as atribuições, impostas pela sociedade, de responder as variadas

¹ Professora das disciplinas de Direito Tributário e Direito Empresarial, no curso de administração na Faculdade Integrada de Santa Maria – FISMA. Professora de Direito Constitucional e Leis Especiais no curso preparatório para concursos CS preparatórios. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

² Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2007), Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2000). Professora do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade - GPDS, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM e líder do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM.

demandas que chegam até eles diariamente. Assim, resta claro, que a sociedade tem visto no Judiciário o único capaz de garantir uma vida digna para a população necessitada, ao passo que as demais entidades públicas se mostram em descrédito.

Ao referenciar diretamente do acesso a medicamentos, resta evidente que a possibilidade de um tratamento digno para os enfermos encontra respaldo na Constituição Federal de 1998, ao passo que a mesma elenca em seus artigos que é assegurado a todos os brasileiros o direito à vida. No entanto, nem sempre esse direito é concretizado de forma efetiva, o que faz com a devida prestação seja pleiteada no judiciário, caracterizando assim a chamada judicialização da saúde.

Ainda ao se tratar de ações que visam o benefício de medicamentos, deve ser pontuado, que existe um grande número de demandas quando se refere a medicamentos que necessitam despende um grande valor econômico. Isso também se dá pelo fato de que a maioria da população brasileira possui apenas o suficiente para sobreviver e recorrer ao Estado para suprir suas deficiências se mostra imprescindível para continuidade da vida, ou ao menos amenizar o sofrimento de quem se encontra necessitado.

Deste modo, para desenvolver a temática da pesquisa, o presente artigo está dividido em dois capítulos, sendo o primeiro intitulado de: “O protagonismo do judiciário na tentativa de efetivação da garantia constitucional a saúde sob o viés do acesso a medicamentos”, no qual será ilustrado como na sociedade atual o Poder Judiciário tem se tornado o grande protagonista em questões que envolvem acesso e concessão de fármacos, uma vez o Estado necessita dar respostas a quem o aciona.

Já, o segundo capítulo intitulado de: “A resposta do judiciário quando acionado para efetuar a concessão de medicamentos de alto custo e a busca pelo equilíbrio para a manutenção da vida, as vias de uma sustentabilidade jurídica”, serão apresentados casos onde os indivíduos que necessitam de rem com alto valor econômico recorrem ao Poder Judiciário, onde esta investigação se dará por intermédio de depoimentos pessoais e análise jurisprudenciais que envolvam a matéria em questão.

Destarte, o presente artigo no que se refere ao Método de Abordagem, o mesmo estabelece o Método Dedutivo, pois parte de um objeto maior, a judicialização da saúde, a fim de alcançar um objetivo menor, ou seja, a concessão de medicamentos que sem o aparato estatal a sociedade não consegue obter. Já com relação aos Métodos de Procedimento serão empregados os Métodos Monográfico já que serão analisados casos concretos e Funcionalista pois considera-se que o Poder Judiciário tem uma função social na atual sociedade, a qual cada vez se mostra mais dependente do Estado para suprir suas necessidades fundamentais. No tocante à técnica a pesquisa será feita por meio da documentação indireta, a qual abarca o levantamento de todas as informações possíveis sobre o assunto. Assim, ter-se-á a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica.

1. O protagonismo do judiciário na tentativa de efetivação da garantia constitucional a saúde sob o viés do acesso a medicamentos

Dentro de todo o processo de constituição e efetivação do Estado Democrático de Direito, situação vivenciada pela maioria das sociedades atuais, e situação da atual conjuntura de sociedade brasileira, se faz indispensável para manutenção e garantia da vida, assim como sua qualidade, a observância de direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão. Reconhecidamente no Brasil existem três gerações de direitos fundamentais, muito embora haja doutrinadores que evidenciam a existência de ao menos outras duas gerações de tais direitos (SARLET, 2007).

Conforme Bonavides, as gerações de direitos fundamentais se complementam, assim ao tratar do direito a saúde o autor o descreve como sendo um direito fundamental de segunda geração, uma vez que estes "são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social" (2000, p.528). O que remonta a complementariedade destes com os direitos de primeira geração, já que tais

direitos estão intimamente ligados com os deveres prestacionais do Estado e somente com uma boa saúde o indivíduo poderá exercer seus direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, a liberdade que estes prezam.

Coadunando com o entendimento de Bonavides, Magalhães também dispõe neste sentido ao evidenciar que “os direitos sociais são aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais”, o que resta claro que para o indivíduo possa desfrutar de sua liberdade na integralidade o mesmo deve dispor de uma saúde plena, ou ao menos ter seus sofrimentos amenizados através de ações do Estado e seus órgãos (MAGALHÃES, 2008, p.160).

Assim, Canotilho dispõe que os direitos fundamentais não devem ser vistos como meras orientações a serem seguidas pelo Estado, já que a efetivação dos mesmos não está garantida só pelo fato deles existirem, assim o mesmo dispõe que:

Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão os consagrados em normas das regulações legais . Não existirá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde. Não existirá um direito fundamental à segurança social mas apenas um conjunto de direitos legais sociais (1998, p.434).

O direito a saúde no Brasil é um direito fundamental elencado no artigo 6^o³ da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe sobre os direitos sociais e o dever do Estado em garantir este direito, o qual pode ser realizado através de políticas públicas para que assim todos os cidadãos consigam ter seu direito subjetivo atendido, ao passo que somente com a atuação positiva do Estado poderá ocorrer de fato a

³ Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

sua eficácia e garantia (HUMENHUK, 2004). Outro dispositivo legal que evidencia a real necessidade da prestação do Estado para efetivação do direito a saúde é o artigo 196⁴ da Carta Constitucional, vez que o mesmo dispõe que a saúde é um direito de todos e por consequência o Estado tem por dever efetivar tal direito, através de medidas que corroborem para efetivação e garantia da manutenção da saúde, por consequência da vida (BRASIL, 1988).

Consoante à importância ao acesso à saúde e ao dever do Estado em efetiva-la André da Silva Ordacgy:

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. (2007, s/p.)

No entanto, embora seja um dever do Estado prestar assistência à população, muitas vezes de fato isso não ocorre, pois existe uma linha tênue entre a vontade de cumprir os preceitos constitucionais e os meios que possibilitam tal efetivação. A efetivação dos direitos fundamentais se mostra ineficaz em inúmeras situações, pois é evidente que o Estado não promove ações, nem presta os serviços de forma positiva e efetiva para que sejam garantidos todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. Assim, diante de tais falhas e falta de efetivação, cada vez mais demandas neste sentido têm sido direcionadas ao poder judiciário, o qual tem sido visto por grande parte da sociedade como o único capaz de garantir e efetivar direitos, sendo que as respostas dadas por este se encontram baseadas em complexos argumentos doutrinários (CIARLINI, 2008).

No intuito de não manter uma visão de que os direitos sociais, assim incluso o direito a saúde e dentro deste o direito ao acesso de medica-

⁴ Art. 196: 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.

mentos, são apenas programáticos, Canotilho dispõe que os serviços impostos ao Estado esculpido na Constituição “devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas” (CANOTILHO, 1999, p.440). E por isso, os cidadãos em busca de que as promessas sejam efetivadas, recorrem ao judiciário em decorrência de existir a omissão estatal das demais instituições, para que através de uma determinação judicial, conquistem a efetivação das obrigações constitucionalmente dispostas e previstas para com os indivíduos. (CIARLINI, 2008).

Assim conforme dispõe Schwartz, concretizar o que a constituição dispõe sobre a efetivação da saúde no Brasil é cumprir com seu dever e consolidar a existência e uma constituição efetiva e não apenas aparente.

Os Poderes Públicos devem estar cientes de que foram organizados e concretizados pela Constituição tão-somente para melhor executarem os desejos do poder constituinte originário: o povo. Assim, quando não cumprem tal desiderato são ilegítimos, ao mesmo tempo que fazem da Carta Magna uma Constituição “aparente” (2001, p.158).

Antes de se falar do poder judiciário como instituição provedora da justiça, ou pelo menos a instituição que em tese deveria assegurá-la no mundo dos fatos, deve-se compreender o que vem a ser o referido acesso a esta. Assim, para Halbritter o acesso à justiça deve ser compreendido como o direito do indivíduo de exigir do Estado à prestação jurisdicional a qual faz jus, ou seja, a possibilidade de exercer seu direito de ação, bem como de defesa e diante disto, ter suas pretensões concretizadas, deve ir além do formal, mas sim realizar o material o que cada vez mais tem sido comum, quando se trata do direito a saúde e acesso a medicamentos (HALBRITTER, 2012).

Diante das mais variadas pretensões, o acesso à justiça tem cada vez mais sido reconhecido, adquirindo respeito e importância para a garantia dos direitos fundamentais, já que não basta somente existir direitos, estes devem ser efetivados. Por isto, não restam dúvidas que a garantia do direito ao acesso a justiça para efetivação do direito fundamental a saúde

é essencial, já que o judiciário deve garantir os direitos de todos (CAPPELETTI, 1998).

Paranhos reafirma o entendimento de que os direitos devem ir além de existir e que para a eficácia dos mesmos o judiciário tem sido acionado cada vez mais diante da insuficiência dos demais entes estatais, assim dispõe:

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim (PARANHOS, 2007, p. 171).

O poder judiciário está cada vez mais em evidência na atualidade o que faz com em inúmeros casos este venha a ser tema de questionamentos. O protagonismo do judiciário está intimamente relacionado com os fenômenos de judicialização e do ativismo digital, que embora sejam conceitos distintos se entrelaçam e que caracterizam a situação vivenciada na atualidade pelo judiciário brasileiro. Portanto, ao tratar de judicialização esta pode ser entendida como o redirecionamento de quem deve decidir, pois existe um conflito entre o que o cidadão deseja e o que o Estado dispõe, ao passo que: “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral”, em caráter final, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2010, p. 6).

Já ao tratar de ativismo judicial Barroso dispõe que este diz respeito ao modo dado a interpretação da Constituição, ou seja, pode ser entendido como uma escolha relacionada diretamente com a proatividade, a qual faz que o sentido e o alcance da interpretação acabe por ser expandido. Embora tais fenômenos possuam diversas causas, podem ser evidenciadas como preponderantes o descrédito das demais instituições, tais como Executivo e Legislativo e também o fato de que tais fenômenos já são uma tendência mundial e o Brasil está seguindo-a, ou ainda podem ser

considerados como características do próprio modelo constitucional brasileiro vigente, já que a redemocratização do país se mostra como o grande alicerce para tais fenômenos (BARROSO, 2009).

A crise que assola as demais instituições tem feito com que o poder judiciário tenha um protagonismo cada vez mais acentuado e uma maior visibilidade por parte da sociedade. A função do poder judiciário tem passado por inúmeras transformações e o que antes era tido como um órgão que tinha como responsabilidade se pronunciar com base em normas pré-estabelecidas, atualmente se mostra uma instituição que é vista como a única capaz de realizar e garantir os direitos fundamentais e que com essa nova atribuição passou a ser visualizada como o grande elo de ligação entre o processo democrático e a população (GARAPON, 1999).

A falta de recursos sempre esteve em pauta no Brasil e são diversos os tratamentos que necessitam de medicamentos que não são fornecidos de forma gratuita para a população, o que coloca em evidência a ineficiência das leis brasileiras, assim, se o Estado não os fornece acaba por comprometer a saúde do cidadão. Vale ressaltar, que embora o problema também afete parte da população mais abastada financeiramente, são as classes menos favorecidas que são as mais prejudicadas, o que evidencia que o fator renda no país segrega a população brasileira também com relação ao acesso a medicamentos, pois esta última além de tudo sofre pela ausência de possibilidade de cura ou de amenizar suas dores.

Nas palavras de André da Silva Ordacgy, o Brasil possui um sistema público insuficiente e diante disso, o poder judiciário possui importante papel na tutela de medicamentos e manutenção da saúde e vida da população (2007):

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde (2007, s/p.).

Embora o direito ao acesso a medicamentos seja oriundo do direito a saúde, a Constituição Federal de 1988 não dispõe expressamente sobre o dever de distribuição gratuita de medicamentos por parte do poder público perante a população. No entanto, vale ressaltar que o fornecimento de fármacos está imbricado no direito fundamental à saúde postulado e assim, os enfermos possuem o direito de receber de quem tem o dever de fornecimento às drogas que possibilitem a continuidade de uma vida sadia ou menos dolorosa. (CARDOSO, 2010).

Ao tratar do direito subjetivo do indivíduo que pleiteia o fornecimento de medicamentos, tem-se a teoria do Mínimo Existencial, que tem sua origem na Alemanha, e trata da possibilidade do indivíduo buscar a prestação de direitos básicos para a sua existência e sobrevivência, o que conforme Sarlet está intimamente ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo o referido autor salientando que o mínimo existencial não deve ser confundido com o mínimo necessário para a sobrevivência com condições dignas, tal similitude deve ser considerada. Mesmo sendo uma teoria alemã, a referida teoria no Brasil encontra respaldo na Constituição de 1988 no artigo 170⁵ e por isso, constantemente o judiciário tem sido acionado para efetivar tal prestação que condiz com uma existência digna do enfermo (SARLET, 2007).

O que se pode vislumbrar é que muito embora seja um dever de todos os entes da Federação prestar assistência aos necessitados, isso não se faz possível sempre, o que Canotilho evidencia sobre a chamada “garantia do mínimo social”, a qual prevê um dever do Estado em garantir a dignidade da pessoa humana, não condiz, de fato, como uma autêntica concretização de direitos sociais (CANOTILHO, 1999, p. 429).

Diante desta ausência da efetiva concretização dos direitos sociais é que a atuação do poder judiciário se mostra imprescindível. Em primeira instância o Poder Judiciário, majoritariamente, em linhas gerais, tem

⁵ Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna.

concedido os pedidos de fornecimento de medicamentos, porém além dos básicos o judiciário tem recebido demandas que pleiteiam medicamentos de alto custo monetário, mas que se mostram essenciais à sobrevivência de determinados indivíduos, o que torna ainda maior a responsabilidade do julgador, pois agora o confronto se mostra entre a manutenção da vida e o valor despendido para compra dos medicamentos de tratamentos raros, os quais são comprados inúmeras vezes de países estrangeiros.

2. A resposta do judiciário quando acionado para efetuar a concessão de medicamentos de alto custo e a busca pelo equilíbrio para a manutenção da vida, as vias de uma sustentabilidade jurídica

O aumento considerável do volume de processos que tem por finalidade a pretensão ao acesso a medicamentos, não é um fenômeno que acontece somente no Brasil. Mesmo em países com maiores índices de desenvolvimento humano, ocorrem demandas neste sentido, o que evidencia que a judicialização da saúde se mostra um fenômeno mundial e não exclusivo de países em desenvolvimento, assim Ricardo Perlingeiro dispõe que:

A judicialização das políticas de saúde não é exclusiva do Brasil. É também encontrada em um grau limitado nos Estados Unidos da América e, na mesma extensão do Brasil, em outros países latino-americanos como Uruguai, Argentina, Chile, Paraguai, Colômbia, Equador, Venezuela, Bolívia, Peru e México (PERLINGEIRO, 2014, p. 19-37).

Mesmo sendo, como dito anteriormente, um fenômeno mundial, o Poder Judiciário brasileiro ao ser acionado, com tantas demandas, evidencia de forma prática a falha do Estado Brasileiro como provedor dos direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil. Muito embora as demandas por medicamentos básicos que se mostram ausentes no sistema único de saúde sejam comuns, frequentemente o judiciário tem sido acionado para suprir as demandas de

medicamentos de pacientes que possuem doenças raras, doenças estas que o tratamento depende de um alto custo financeiro, valores estes que grande parte da população brasileira não possui.

No país, a ANVISA dispõe sobre o que vem a ser a comum nomenclatura conhecida como “medicamentos órfãos”, que foi utilizada pela primeira vez no ano de 1968, a expressão é usada para medicamentos “utilizados em doenças raras, cuja dispensação atende a casos específicos” (BRASIL, 2006). O conceito de doença rara utilizado pelo Ministério da Saúde é o mesmo recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), ou seja, diz-se doença rara aquela que afeta 65 pessoas a cada 100 mil indivíduos e seus sinais variam de pessoa para pessoa, no Brasil estima-se que cerca de 15 milhões de pessoas podem possuir algum tipo de doença considerada por estes órgãos como rara, sendo em sua maioria causadas por doenças genéticas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

Ainda conforme informações do Ministério da Saúde, para o governo federal, as decisões judiciais que determinam a concessão de medicamentos para tratamento de doenças raras, são as decisões que demandam mais gastos, pois os medicamentos para estas doenças possuem um alto valor e pouca disponibilidade de acesso no país. Ao tratar das possíveis alternativas, o próprio Ministério da Saúde dispõe que para essas doenças “as alternativas terapêuticas no SUS são paliativas” e isso não freia a evolução da doença e também não possuem os mesmos efeitos que os medicamentos específicos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

Os demandantes que pleiteiam o fornecimento de medicamentos de alto custo são das mais variadas faixas etárias, seguidamente a mídia divulga casos de crianças que necessitam de medicações para continuarem a viver. Esse é o caso da menina Julia, de sete anos de idade, a qual por intermédio de seus pais conseguiu na justiça o direito de receber mensalmente as medicações necessárias para sua doença rara, a menina foi diagnosticada com cistinose, sendo esta uma doença genética rara e degenerativa que compromete vários órgãos vitais, mas que inicialmente atinge seus rins e tireoide (SOUZA, 20017).

Conforme depoimento dos pais de Júlia se a família não tivesse obtido êxito em sua demanda judicial, o gasto com as medicações chegaria ao valor de R\$ 50 mil por mês já que ainda não existe nenhum outro tipo de medicamento similar no mercado. Tomazela, pai da menina afirma que: "A gente tem que lutar a cada dia para que a doença não evolua e minha filha tenha uma qualidade de vida razoável, possa brincar e ir para a escola. O medicamento consegue frear uma avalanche de problemas" (SOUZA, 2017).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão onde determinava que o estado do Acre⁶ mantivesse o fornecimento do medicamento chamado Soliris (eculizumab), a uma portadora da Síndrome Hemolítica Urémica Atípica (SHUa), doença rara caracterizada por uma anemia hemolítica crônica, que tem sua causa, provavelmente originada por uma mutação genética das células-tronco da medula óssea. Importante trazer a baila tal caso, já que o mesmo é recente e possui repercussão geral, onde a Ministra Carmem Lúcia indeferiu o pedido de suspensão do fornecimento da medicação pleiteado pelo estado Acre "que alegou não ser razoável exigir-se que o poder público arque com tamanho gasto para fornecer um medicamento que sequer possui comprovação científica nem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)" (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Em sua decisão, a ministra afirmou que este tipo de pedido não é uma novidade no Supremo Tribunal Federal e ainda fundamentou seu indeferimento com inúmeros outros casos, onde o Tribunal manteve a pretensão inicial do demandante. Conforme a ministra dispôs, os argumentos do estado do Acre não se mostram pertinentes ao passo que não foram juntados aos autos a comprovação de que o estado não teria como arcar com o custo dos medicamentos e tão pouco como alegado, nada que comprovasse a não possibilidade de possuir condições financeiras no exercício de 2017 para cumprir a decisão relativa ao fornecimento do medicamento (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

⁶ A informação foi trazida a baila por ter sido um caso de grande repercussão geral e nas mídias televisivas, ao passo que se faz imprescindível uma análise do posicionamento do Superior Tribunal Federal.

Ao recorrer às jurisprudências do estado do Rio Grande do Sul⁷, pode-se perceber que as demandas no Estado se dão quase sempre no mesmo sentido, ou seja, os demandantes pleiteiam a concessão de medicamentos que possuem um alto valor econômico, os quais não possuem condições financeiras de arcar, mas que sem eles suas saúdes e vidas restam comprometidas. Assim foram analisadas três jurisprudências, ambas da vigésima segunda Câmara Cível, ambas com datas de vinte e sete de julho do presente ano.

A primeira jurisprudência analisada foi uma apelação civil, onde o estado do Rio Grande do Sul alegou que o medicamento em discussão possuía um alto custo, afirmando ainda, que nos autos não restaram provas de risco de morte ao paciente, caso a este não fosse concedida a medicação, ou seja, caso não se submetesse ao tratamento. O recurso foi desprovido por unanimidade, ao passo que a Des.^a Marilene Bonzanini em seu relatório afirmou existir a solidariedade dos entes públicos na garantia do direito à saúde, evidenciando que esta temática já se mostra pacífica no colendo Tribunal, além do mais foi salientado que o alto custo da medicação, somente por isso, não serve para afastar o dever constitucional do direito à saúde dos cidadãos, sendo aplicado a este caso o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana⁸.

⁷ Análise jurisprudencial do Estado do Rio Grande do Sul se fez indispensável ao passo que se faz necessário compreender a realidade do estado, a pesquisa se deu no site do Tribunal de Justiça Gaúcho, onde as palavras utilizadas para achar as decisões foram: medicamentos, alto custos, sendo as decisões mais recentes encontradas foram no mês de julho do ano de 2017.

⁸ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ESTADO. SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO DISPONIBILIZADO PELO SUS: MABTHERA (RITUXIMABE). DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PROVAS DA NECESSIDADE E DA INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA AQUISIÇÃO. - O direito à saúde e a solidariedade dos entes públicos na sua garantia é matéria já pacificada tanto neste Tribunal de Justiça quanto nas Cortes Superiores. Trata-se de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade. Recurso Extraordinário n.º 855178/RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, REPERCUSSÃO GERAL. CACONS E UNACONS. - A existência de Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONS e Unidades de Alta Complexidade em Oncologia - UNACONS - não afasta a obrigação dos entes estatais de fornecer os procedimentos e medicamentos não disponibilizados habitualmente. Precedentes desta Corte. ALTO CUSTO QUE NÃO SERVE COMO FORMA DE AFASTAR O DEVER CONSTITUCIONAL. - O alto custo da medicação, por si só, não servem como forma de afastar o dever constitucional do ente estatal de assegurar o direito à saúde dos cidadãos, aplicando-se aqui o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN, com reconhecimento de Repercussão Geral, ainda não julgado no mérito pelo STF. Sobrestamento que não se aplica às apelações. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074251745, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/07/2017)

Já a segunda análise foi de um agravo de instrumento onde foi questionada a antecipação de tutela deferida de medicamentos de alto custo, pode-se perceber que a manutenção da antecipação de tutela se deu no sentido dos cumprimentos dos requisitos formais que o Código de Processo Civil elenca, assim nas palavras da mesma relatora a Des.^a Marilene Bonzanini a decisão se deu no sentido que: “sopesando a peculiaridade da situação e ante a presença dos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, mantenho o deferimento ao pedido antecipatório”⁹.

Já a terceira decisão analisada é um agravo de instrumento relacionado à negação da antecipação de tutela de urgência pleiteada em primeira instância para que fosse fornecido o medicamento Alemtuzumab 12mg a autora. Em sede de recurso a decisão de primeiro grau foi mantida por unanimidade, ao passo que o estado alegou haver necessidade de verificação da aplicação do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde no tratamento da parte autora antes do deferimento de medicação de alto custo, evidenciando que se faz necessária a realização de uma perícia médica e diante desta perquirir a real necessidade e conveniência de a autora fazer uso do medicamento requerido. Assim, conforme o Des. Relator Francisco José Moesch, os requisitos formais previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil não foram preenchidos, ao passo que: “O art. 300 do novo CPC dispõe que a tutela de urgência será concedida quando houver os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao

⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: REVOLADE (ELTROMBOPAG). DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. ALTO CUSTO QUE NÃO SERVE COMO FORMA DE AFASTAR O DEVER CONSTITUCIONAL. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MANUTENÇÃO. - O direito à saúde e a solidariedade dos entes públicos na sua garantia é matéria já pacificada tanto neste Tribunal de Justiça quanto nas Cortes Superiores. Trata-se de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade. - O alto custo da medicação, por si só, não servem como forma de afastar o dever constitucional do ente estatal de assegurar o direito à saúde dos cidadãos, aplicando-se aqui o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. - Mantém-se o deferimento de pedido de tutela recursal quando a parte interessada colaciona aos autos atestado médico indicando a existência da moléstia e a necessidade da medicação, bem como comprova a carência financeira para aquisição. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento N° 70073564619, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/07/2017)

resultado útil do processo. No caso, por ora, não estão preenchidos tais requisitos.”¹⁰.

Ao analisar essas três decisões, muito embora hajam outras tantas neste sentido, ficou evidente que o fator alto custo da medicação é preponderante para que o Estado recorra das decisões onde este é submetido ao fornecimento de medicamentos suscitados via judicial, assim como também, os requisitos formais são questionados como forma de dar provimento ou não aos recursos. No entanto, em nenhuma das decisões analisadas ficou evidenciado o questionamento de que um medicamento de alto custo pode fazer com que outros tantos não sejam adquiridos pelo estado, a ótica da concessão baseado no princípio da dignidade da pessoa humana serve como fundamento para quem pleiteia e não para a recusa considerando a sociedade também como digna, embora essa seja a opinião de alguns juristas.

Tal opinião pode ser vislumbrada na entrevista ao Jornal o Diário Gaúcho¹¹, momento em que o procurador do Estado do Rio Grande do Sul, o Doutor Tanus Salim expôs seu posicionamento com relação às decisões judiciais que determinam a obrigação do Estado em pagar tratamentos de alto custo para os autores das demandas judiciais, tratamentos estes que fazem com que seja despendido um alto valor de recursos para uma quantidade ínfima de pacientes ao passo que, em contrapartida, um número muito maior da população, a qual também

¹⁰ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ESTADO. SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO DISPONIBILIZADO PELO SUS: MABTHERA (RITUXIMABE). DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PROVAS DA NECESSIDADE E DA INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA AQUISIÇÃO. - O direito à saúde e a solidariedade dos entes públicos na sua garantia é matéria já pacificada tanto neste Tribunal de Justiça quanto nas Cortes Superiores. Trata-se de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade. Recurso Extraordinário n.º 855178/RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, REPERCUSSÃO GERAL. CACONS E UNACONS. - A existência de Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONS e Unidades de Alta Complexidade em Oncologia - UNACONS - não afasta a obrigação dos entes estatais de fornecer os procedimentos e medicamentos não disponibilizados habitualmente. Precedentes desta Corte. ALTO CUSTO QUE NÃO SERVE COMO FORMA DE AFASTAR O DEVER CONSTITUCIONAL. - O alto custo da medicação, por si só, não servem como forma de afastar o dever constitucional do ente estatal de assegurar o direito à saúde dos cidadãos, aplicando-se aqui o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN, com reconhecimento de Repercussão Geral, ainda não julgado no mérito pelo STF. Sobrestamento que não se aplica às apelações. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074251745, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/07/2017)

¹¹ Jornal e grande circulação do Estado do Rio Grande do Sul.

necessita da prestação de medicamentos por parte do ente estatal, acaba por ser prejudicada, já que não há dinheiro público para as demais demandas ligadas à saúde (DIÁRIO GAÚCHO, 2016).

Ainda sobre a proporcionalidade de gastos com medicamentos de alto custo a uma parcela pequena da população o procurador ainda dispõe:

Temos ciência da dificuldade. O problema não é ignorado nem menosprezado, mas, como os recursos são limitados e as demandas ilimitadas, o administrador público tem de fazer escolhas. O que está em discussão é a necessidade de atender a esse grupo limitado de pessoas ante todos os outros cidadãos que poderiam ser atendidos com este recurso (DIÁRIO GAÚCHO, 2016).

O que fica em evidência diante de todo este cenário apresentado é que ainda o Brasil, bem como seus entes federados possuem dificuldades de garantir a efetivação dos direitos fundamentais esculpido pela Carta Constitucional. Muito embora existam várias decisões que concedem o benefício dos medicamentos de alto custo para autores que os pleiteiam, o tema ainda gera discussão com relação a proporcionalidade de pessoas atendidas e o valor despendido.

Assim, resta claro que estamos diante de uma nova fase vivenciada pelo poder judiciário, a qual implica uma maior reflexão e ponderação de interesses. Ao passo que o que deve preponderar deve ser o equilíbrio, que atualmente é visto através da aplicação de uma sustentabilidade jurídica, a qual tem como preceito a busca do equilíbrio dentro os processos de satisfação das pretensões e a viabilidade da existência e manutenção das gerações futuras, o que está intimamente relacionado com os direitos fundamentais e sociais, o que pode ser efetivado através das mudanças de paradigmas (CRUZ; FERRER; GLASENAPP, 2014).

Porém é evidente o conflito existente entre a satisfação das necessidades e o conflito de interesses, no entanto implantada para que se tenha uma sociedade com maior qualidade de vida, exige um maior compromisso e participação ao passo que pressupõe: “um compromisso cívico consciente com a comunidade, e a uma nova disposição da utilização do dinheiro que fomenta iniciativas e serviços públicos que defendam o

bem-estar de todos os membros da sociedade civil” (CRUZ; FERRER; GLASENAPP, 2014).

Os problemas da sociedade se mostram cada vez mais complexos e o judiciário precisa modificar-se para dinamicidade da vida. Assim Ângela Espindola ao trabalhar a refundação da jurisdição sob um viés multidimensional, aduz que:

A Jurisdição tradicional, libera-individualista, voltada para a resolução de conflitos individuais e sob uma perspectiva essencialmente repressiva e reparadora é ineficaz ante essa emergência de novos direitos e novas demandas. É preciso refundar a Jurisdição e o processo, para que seja possível responder às demandas contemporâneas desta sociedade complexa (ESPINDOLA, 2013, p. 64).

A temática se mostra complexa, e diante da não mudança paradigmática fará com que os juízes se deparem com questionamentos que representam, além de outras coisas, a manutenção e garantia de um futuro sustentável, nas mais variadas esferas o que também proporcionará vários conflitos de interesses que entrarão em choque o que dificulta o legislativo acompanhar, cabendo aos juízes responder as demandas sociais, fazendo com que cada vez mais a saúde seja judicializada, já que o poder judiciário é o único na atual sociedade que consegue dar as respostas pretendidas pela sociedade.

Considerações finais

Ao longo de todo estudo restou cristalino que a saúde no Brasil foi contemplada pela Constituição Federal como um direito fundamental, mas que tal direito nem sempre é efetivado. Demonstrando que o Estado é falho nas suas atribuições, vez que a saúde é algo que todo o indivíduo deveria ter acesso.

Ocorre que as demandas sociais cada vez mais têm almejado respaldo para efetivação dos direitos previstos constitucionalmente no Poder Judiciário, uma vez que a Instituição se tornou um símbolo de representação da justiça. O juiz é requisitado a dar respostas que inúmeras vezes

não são de sua alçada, já que o que é requerido judicialmente deveria, em inúmeros casos, ser disponibilizado por outras instituições.

Dentro de todo esse contexto, seguidamente o judiciário se depara com demandas que requerem a prestação de medicamentos para os indivíduos que não conseguem os mesmos de forma gratuita e tão pouco tem possibilidade de comprá-los, assim temos a chamada judicialização da saúde, a qual demandas que visam a proteção e manutenção da saúde e indivíduo recorrem ao Judiciário para que a prestação seja assegurada.

Toda essa conjuntura evidencia o fracasso que as tentativas de efetivação dos direitos possuem, já que algo que deveria ser naturalizado na sociedade necessita de pedidos para sua concretização. Além de toda essa deficiência evidenciada com medicamentos considerados básicos, ainda existe a dificuldade na concessão de medicamentos para doenças raras, haja vista que estes possuem um alto custo e os indivíduos, em sua maioria, não conseguem arcar com as despesas.

Assim, o judiciário se vê mais uma vez acionado para dar respostas que muitas vezes põe em conflito direitos de um cidadão em detrimento de uma coletividade, vez que ao ser concedido um medicamento que possui um valor exorbitante, outros tantos indivíduos deixam de ter suas demandas efetivadas, o que não deveria ocorrer, mas prática já se tornou uma realidade.

Devido a essa contraposição se vez necessária uma análise de algumas decisões que envolvam esse tipo de demanda, isso para entender de forma mais clara como o poder judiciário tem decidido quando acionado para garantir tratamentos que necessitam de medicamentos de alto valor econômico. O que pode ser evidenciado quanto a negação ou não dos medicamentos de alto custo na jurisprudência é que as decisões se deram meramente ao cumprimento ou não do preenchimento de requisitos formais.

Em nenhum momento, nas decisões analisadas, se pôs em pauta a contradição existente entre beneficiar uma vida ao passo que outras tantas são deixadas a margem por conta do valor despendido. No entanto,

como evidenciado há juristas que questionam tais concessões, mas ainda sim dispõe sobre a ineficiência do Estado, deixando claro que embora uma vida não tenha maior valor que outras o que deve ser almejado nas decisões judiciais é um equilíbrio para harmonizar a vida em sociedade.

Referências

Antoine Garapon. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas.** Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista da Faculdade do Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, 1-50, jan/jun 2012. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794> >. Acesso em: 05 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, número 13, jan/mar 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Ministério da Saúde.** Portaria GM/MS nº 2.577, de 27 de outubro de 2006. Aprova o componente de medicamentos de dispensação excepcional. Diário Oficial da União 2006; 10 nov.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad.de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1998.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição:** para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008.

287 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf> . Acesso em: 03 ago. 2017.

CRUZ, Márcio P. FERRER, Gabriel R. GLASENAPP, Maikon C. Sustentabilidade: Um novo paradigma para o direito. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 19, n. 4, 2014, p1433-1464. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/6712/3833>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

ESPINDOLA, A. A. S. A Refundação da Jurisdição e as Multidimensões da Sustentabilidade. In: **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Org. Jerônimo Tybusch [et al.]. Ijuí: Unijuí, 2013.

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

HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. **O acesso à justiça e a celeridade natutela jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/oacesso-justi%C3%A7a-e-celeridade-na-tutela-jurisdicional/>>. 2012. Acesso em 18 de mai. de 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> . Acesso em 17. jun.2017.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde**: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Recognizing the public right to healthcare**: the approach of Brazilian courts. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 19-37, jan./abr. 2014.

rio grande do sul. Tribunal e Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70074251745º, da Vigésima Segunda Câmara Cível. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Claudio Borgert. Relator Des. Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 27 de julho de 2017**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>

busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70074251745%2C+Vig%C3%Agsima+Segunda+C%C3%A2mara+C%C3%ADvel%2C+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+do+RS%2C+Relator%3A+Marilene+Bonzanini%2C+Julgado+em+27%2F07%2F2017%29.&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. **Agravo de Instrumento nº 70073564619, Vigésima Segunda Câmara Cível. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Neiva Rosa Zacharczuk. Relator Des. Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 27 de julho de 2017.** Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70073564619%2C+Vig%C3%Agsima+Segunda+C%C3%A2mara+C%C3%ADvel%2C+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+do+RS%2C+Relator%3A+Marilene+Bonzanini%2C+Julgado+em+27%2F07%2F2017&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70074251745%2C+Vig%C3%Agsima+Segunda+C%C3%A2mara+C%C3%ADvel%2C+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+do+RS%2C+Relator%3A+Marilene+Bonzanini%2C+Julgado+em+27%2F07%2F2017%29.&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris . Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. **Agravo de Instrumento nº 70073793150, Vigésima Segunda Câmara Civil. Agravante: Bianca Gomes Chiscolar. Agravados: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Novo Hamburgo. Relator Des. José Francisco Moesch. Porto Alegre 27 de julho de 2017.** Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70073793150%26num_processo%3D70073793150%26codEmenta%3D7386375+agravo+de+instrumento+relator+jos%C3%A9+francisco+medicamento+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70073793150&comarca=Comarca%2ode%20Novo%20Hamburgo&dtJulg=27/07/2017&relator=Francisco%20Jos%C3%A9%20Moesch&aba=juris >. Acesso em: 04 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde**: efetividade em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Marcelle de. **Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337077>> . Acesso em: 20 ago. 2017.

VI

A legalização do aborto de feto anencefálico no Brasil frente a tutela constitucional do direito a vida e a bioética

*Domingos Benedetti Rodrigues*¹

*Gabriela dos Santos Palhano*²

Considerações iniciais

O presente estudo relaciona-se com o direito a vida, enfocando o aborto de feto anencefálico no Brasil, com aprofundamento nas questões bioéticas, do biodireito e nos princípios previstos na Constituição Federal de 1988. O mesmo tem sua importância justificada na falta de políticas públicas de acompanhamento à gestante de gravidez de feto anencefálico, bem como o de toda a sua família, pois é um problema de ordem social. A possibilidade da legalização do aborto de feto anencefálico, por alguns, pode ser visto como um meio garantidor do direito a vida, porém com respeito aos princípios da Bioética e aqueles expressos em nossa Constituição, o assunto é merecedor de muito debate.

Objetiva-se com o presente estudo analisar a questão do aborto de feto anencefálico no Brasil, frente a tutela do direito constitucional a vida, do biodireito e da Bioética. Para tanto, adotou-se a pesquisa bibliográfica,

¹Pós-Doutorando em Direito - URI Campus de Santo Ângelo. Doutor em Educação nas Ciências - UNIJUI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNISC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - FADISA. Graduado na Licenciatura em Artes Práticas Habilitação em Técnicas Agrícolas - UNIJUI. Professor do Mestrado Profissional em Desenvolvimento Rural e do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Integrante do Grupo de Pesquisa GPJUR do curso de Direito da UNICRUZ. Professor do curso de Direito da Sociedade Educacional Três de Maio - SETREM. Pesquisador. Advogado. mingojuslex@yahoo.com.br

²Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Cruz Alta UNICRUZ. Gabby_palhano@hotmail.com

e, através do método dedutivo e do hipotético-dedutivo, abordando os princípios constitucionais e princípios da Bioética referentes ao direito a vida, bem como os aspectos legais sobre a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos no Brasil. Na construção do trabalho, com a finalidade de melhorar o entendimento sobre o tema, optou-se pela estruturação do texto em quatro partes. A primeira trata sobre alguns aspectos conceituais da anencefalia. A segunda versa sobre o aborto de fetos anencefálicos no Brasil. A terceira diz respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54, que aborda o tema. Por fim, a quarta realiza uma abordagem da Bioética e do Biodireito a respeito do aborto de fetos anencefálicos.

1. Aspectos conceituais da anencefalia

O tema anencefalia vem sendo discutido numa maior dimensão nos últimos tempos, isso dado ao potencial aumento de casos no Brasil, sendo que, no centro principal destas discussões, está o direito à vida do feto portador de anencefalia. Existem aqueles que afirmam, no caso de o feto ser anencéfalo, o mesmo nunca será um ser vivo. No entanto, existem os defensores de que, o feto anencéfalo, ao menos enquanto ainda está dentro do ventre da gestante, representa um ser vivo. Tudo isso, gera questionamentos sobre quando se dá o início da vida. Se desde a concepção, ou se apenas após a formação completa do feto, bem como sobre a viabilidade do feto anencéfalo, com base em setores da medicina, tratar como morte a falta de atividade cerebral.

Por tais fatores, vista a impossibilidade do feto manter-se vivo após o nascimento, essa má formação é incompatível com a vida, tanto que, para o Conselho Federal de Medicina, o feto anencefálico qualifica-se como um natimorto cerebral, por não possuir desenvolvimento completo do cérebro, impedindo seu desenvolvimento como ser humano, gerando assim, grandes probabilidades de ser incompatível perante os estágios da vida intra-uterina e com a vida extra-uterina. Se o feto não morrer

antes do parto, após nascer ele não sobreviverá. Assim, o Conselho Federal de Medicina, através da resolução n° 1.752/2004, que, posteriormente, fora revogada pela Resolução 1949/2010, conceitua anencefalia da seguinte forma:

[...] os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica. [...] E sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral [...] (BRASIL, 2010).

Detectada essa má formação não existem meios para revertê-la. O diagnóstico, neste caso, servirá apenas para a preparação psicológica dos pais, isto porque, a responsabilidade que lhes cabe é manifestadamente maior, exigindo-lhes mais maturidade, além de recursos econômicos, pois, se porventura o bebê conseguir nascer de forma vegetativa, o prolongamento desta vida artificial³ por alguns dias. Assim, demandará um gasto considerável, tendo em vista a falência do atendimento público e os raros recursos disponíveis.

A referida má formação cerebral pode ser diagnosticada a partir do terceiro mês da gestação, por meio de um exame de ultrassonografia, sem possibilidade de erro. Porém, mesmo com o diagnóstico não existe nada que possa ser feito para salvar o feto. O Conselho Federal de Medicina, através da resolução n° 1.949/2010, traça diagnóstico sobre a referida formação da seguinte forma:

[...] O diagnóstico de anencefalia deve ser feito por exame de ultrassom realizado a partir da 12ª semana de gestação, contendo fotos que demonstrem a ausência da calota craniana, além de laudo assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico. Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adota-

³ Nome dado à disciplina que estuda a vida natural através da tentativa de recriar fenômenos biológicos em computadores ou outros meios “artificiais”. Fonte: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=vida+artificial>

da, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir [...]. É direito da gestante solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico. Ante ao diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de manter a gravidez ou interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento (BRASIL, 2010).

Portanto, atualmente a medicina define com precisão a existência desta anomalia fetal, pois é incompatível com a vida extrauterina. Não há qualquer possibilidade de existir vida, sendo aconselhado por alguns profissionais da medicina, que seja permitido o aborto quando o feto apresentar graves e irreversíveis anomalias que venham a impossibilitar sua vida fora do útero, como no caso da anencefalia. Porém, deve-se possibilitar à gestante que possa opinar sobre a interrupção ou não da sua gravidez, para que o princípio constitucional da autonomia não seja tolhido, nem dela e nem da sua família.

2. O aborto de feto anencefálico no Brasil

O enfrentamento da discussão sobre o tema proposto como objeto do presente trabalho, em primeiro plano, menciona a questão do aborto de feto anencefálico no Brasil, para que se tenha compreensão do que significa um feto anencefálico e a sua condição de ser vivo portador de direitos constitucionais e a sua tutela estabelecida pelos princípios da Bioética e do biodireito.

O aborto provocado é o resultado de manobras praticadas propositalmente com a intenção de provocar a morte do feto, do ponto de vista ético, difere essencialmente do tipo anterior, em razão de que a morte do feto é diretamente provocada e intencional. O direito à vida do conceito é ignorado. Assim, a referida modalidade de aborto é ilegal, pois os motivos apresentados para sua prática não são oficialmente reconhecidos pela legislação em vigor (DINIZ, 2008, p.35).

Existem algumas diferenciações no que se refere ao aborto provocado, constituindo na permissão ou não da gestante. As principais

figuras são: o auto aborto é quando a gestante provoca o aborto em si mesma ou consente que outra pessoa o provoque nela; o aborto provocado sem o consentimento da gestante, é quando não há concordância real ou presumida da gestante. O primeiro caso ocorre, geralmente mediante emprego de violência, da qual resulta o aborto e o segundo mediante grave ameaça.

No que tange às várias modalidades de aborto existentes, é muito importante considerar a tipificação como crime, a vontade da gestante, que pode ser quem o provoca, consentir que seja provocado ou ainda não consentir. Na visão de Pierobon, Lopes e Milanez (2016, p. 308-310) o aborto pode ser subdividido⁴ em: aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, aborto provocado sem o consentimento da gestante, aborto consensual, aborto qualificado e aborto legal.

As modalidades de aborto acima citados, se referem, principalmente, ao consentimento ou não da gestante em sua prática, sendo todos tipificados no Código Penal Brasileiro, por se tratarem de crimes contra a vida. Porém, existem também formas de aborto não tipificadas, por isso, não puníveis, os quais dizem respeito à necessidade da prática do mesmo, visto a natureza da gestação, sendo o aborto necessário, quando a gravidez pode gerar prejuízos muito grandes à saúde da gestante, ou até mesmo a sua morte. O aborto sentimental, quando a gravidez é resultante de estupro e o seu resultado pode gerar na gestante um sentimento de ódio, permitindo o aborto para que, além de tudo, a criança não venha a sofrer abandono afetivo pela mãe, que, ao vê-la, sempre se lembrará do estupro do qual a criança foi gerada.

⁴a) Aborto Provocado pela Gestante ou com o seu consentimento: expresso no artigo 124 do Código Penal, conduta provocada pela própria gestante, ou a seu pedido. b) Aborto Provocado sem o consentimento da gestante: expresso no artigo 125 do Código Penal, provocado por terceiros sem a sua autorização, podendo tal consentimento ser real ou presumido. c) Aborto Consensual: expresso no artigo 126 do Código Penal trata-se de aborto provocado por terceiro mediante autorização da gestante. d) Aborto Qualificado: expresso no artigo 127 do Código Penal ocorre as qualificadoras quando resultar lesão corporal grave ou morte da gestante em face ao aborto ou aos meios empregados. e) Aborto Legal: expresso no artigo 128 do Código Penal, são as modalidades de aborto permitidas pela legislação brasileira, podendo ser divididas em, aborto necessário, quando a gestação oferece riscos de vida devida a gestante e, o aborto sentimental, quando a gestação é resultante de um crime de estupro.

Ainda existe a figura do aborto eugênico ou piedoso, este sem previsão legal é o praticado para evitar gestação de fetos com deformação, doença incurável ou nos casos em que a gestação ofereça riscos à vida da gestante. O aborto eugênico é um tipo de aborto preventivo, executado geralmente nos casos em que existe confirmação de que a criança nascerá com defeitos físicos, mentais ou anomalias, os quais impossibilitem a vida extrauterina, ou quando há, sem sombra de dúvidas, a confirmação de que se levada até o final, a gestação pode trazer grandes riscos à saúde ou mesmo à vida da gestante (MARQUES, 1996).

No caso de risco à vida da gestante existem dois requisitos levados em consideração para a prática do aborto, sendo o real e iminente perigo de vida da gestante e a inexistência de meio mais adequado para salvá-la. Bitencourt (2008, p. 143) afirma que referida modalidade de aborto pode/deve ser praticado mesmo contra a vontade da gestante, uma vez que o médico que realizar a intervenção cirúrgica estará agindo no estrito cumprimento do dever legal, uma vez que estará visando a preservação da vida da gestante. Nesta mesma linha de pensamento Marques (1996, p.4), afirma que o aborto eugênico, é o aborto fundado em indicações eugenésicas, equivalente a dizer, em indicações referentes à qualidade da vida. Então, a eugenia ocorre quando existe comprovação de que o feto nascerá com má formação congênita.

Entre as modalidades de aborto eugênico, emerge a questão do aborto de feto anencéfalo, ou seja, a criança formada sem o sistema nervoso central, que impossibilita a existência de vida extrauterina, não havendo porque levar até o fim uma gestação da qual não resultará vida. Em razão disso, esta modalidade de aborto consiste no extermínio, em nome da eugenia de fetos mal formados, uma vez que a eugenia como ciência, não se prestaria para permitir a destruição de vidas humanas, uma vez que, já é considerado crime ediondo matar um ser humano sadio, não poderia ser diferente com um ser indefeso e inocente apenas

por ele apresentar deficiências. Um ser deficiente não precisa de violência ou agressão, mas sim, de proteção e muito auxílio (FRANÇA, 2001, s.p).

Neste sentido, o aborto eugênico para os casos de má formação, como a anencefalia, vem contrapor ao princípio da dignidade da vida humana, o qual não permite que seja realizada de forma injusta uma distinção entre pessoas normais e deficientes. Em hipótese alguma o extermínio pré-natal pode ser encarado como uma solução eficaz e, muito menos, digna para se combater o problema da deficiência. Sim, devem ser utilizados todos os recursos possíveis em prol da maternidade e da vida, porém protegendo-se também o filho e não apenas a mãe. Ainda é de suma importância proteger também o médico, possibilitando leis e circunstâncias em prol do prosseguimento da gravidez, evitando que estes enveredem por caminhos contrários aos seus juramentos e pratiquem o aborto.

Apesar da legislação Pátria se mostrar indiferente ao abortamento de fetos anencefálicos no Brasil, uma vez que traz pouca coisa em específico, se preocupa apenas em contemplar o tema como uma excludente de ilicitude. Não pode se deixar de lado o direito a vida do feto, mesmo gerando grandes debates, a questão merece ser discutida. Portanto, o assunto ainda está muito longe de ser superado, necessitando, sim, a criação de legislação específica pertinente ao caso, o que só se conseguirá respeitando os princípios constitucionais, bioéticos e do biodireito que regem o tema objeto deste trabalho.

3. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54

O aborto de fetos anencefálicos no Brasil, apesar de ser um tema bastante antigo, ainda gera muitas polêmicas, voltando a entrar em destaque com a interposição de inúmeros pedidos de autorização judicial, cujo objeto é pleitear a antecipação do parto, quando é constatada a anencefalia fetal, por inexistir uma legislação infraconstitucional regulamentadora voltada especificamente a matéria. Um destes casos tomou

notoriedade por embasar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54, que fora ajuizada pela Procuradoria Geral da República, com fundamentos no art. 102 § 1º da Constituição de 1988, a qual culminou com a exclusão da ilicitude do abortamento de fetos anencefálicos em âmbito nacional.

A partir de 11 de Abril de 2012, após o julgamento da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, a prática abortiva, ou antecipação terapêutica do parto, foi julgada não punível nos casos de anencefalia. O principal argumento que justifica essa autorização é de que não existe abortamento, pois nesses casos não existe potencial de vida. Anencefalia e vida são termos antitéticos, afirmou o relator da ação, Ministro Marco Aurélio Mello. Neste caso, o STF julgou por maioria, procedente a ADPF nº 54 e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica nos casos de gestação de feto anencefálico (ALMEIDA 2014 p.28-30). Desta forma, a antecipação do parto não pode ser confundida com o aborto. No entanto, o STF não examinou a descriminalização do aborto, mas sim a interrupção da gravidez nos casos de fetos portadores de anencefalia (ALMEIDA 2014, p. 28-30).

Para alguns autores, como Brasileiro (2008, p.140), esse fato é caracterizado como violência contra o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, quais sejam direitos e garantias fundamentais expressos na constituição Federal de 1988. Por outro lado, Capes (2007, p. 256) afirma que, “[...] perante a inexistência do sistema nervoso central não há vida e se não há vida, não há o que se tutelar.”

Contrário a isto, em defesa do direito à vida do feto em detrimento da prática do aborto, bem como em defesa dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, consubstanciado na violação dos direitos do nascituro que o aborto representa, argumenta o médico Franca (2001 s.p):

Qualquer forma de violência contra um ser incapaz e desprotegido não é própria da consciência médica nem compatível com o destino da medicina, pois seria uma quebra da tradição que a cristalizou como um projeto em fa-

vor do homem e da humanidade, sem discriminação ou preconceito de qualquer espécie. Se alguém tem pensamento contrário e admite que vai contribuir com o bem-estar da sociedade, agindo opostamente, está enganado. Vai, no mínimo, incutir o egoísmo, saciar a insensibilidade e promover a discriminação. Não é pelo fato da existência de uma má-formação fetal que o aborto deixaria de constituir uma ofensa à vida e à dignidade humana. De qualquer forma que tenha nascido o ser humano, é homem, é sujeito de direito, tem lugar garantido como personalidade jurídica. No entanto, isso por mais pungente que seja não autoriza ninguém, muito menos os que não vivem esse sofrimento, a retirar desses seres o direito à vida.

O aborto em nada tem a ver com garantia de direitos, pois no momento em que não se respeita o principal dos direitos (direito a vida), não tem como se falar em garantir algum direito. Não é ético cercear o direito de viver de uma pessoa, mesmo que portadora deste tipo de formação, sendo tal prática completamente dissociada dos princípios da Bioética e do biodireito positivado no conteúdo do artigo 5º caput da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que considera tal direito inviolável a qualquer um independente da sua condição em que se encontra.

O referido direito deve ser protegido desde o momento da concepção e, a ninguém pode ser negado o direito a vida. Nesse sentido, em relação a inviolabilidade do direito a vida, inclusive por ser preceito fundamental previsto em cláusula pétrea da Constituição Brasileira de 1988, expõe o autor Tomaszewski (2006, p.180):

A vida é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma alma e um corpo. Pode-se, então, dizer que a vida é o bem principal de qualquer pessoa, é o primeiro valor moral de todos os seres humanos. Além de um bem juridicamente tutelado a vida é um bem espiritual, um bem social, cabendo a cada um dos seres zelarem pelas suas próprias vidas e pelas vidas das demais pessoas ao seu redor, como forma de equilíbrio social.

Não pode a vida ser vista apenas como um bem jurídico, uma vez que ela é mais do que isso, é um direito de todos. Por isso, ninguém pode descartar os cuidados com sua própria vida e nem pelas vidas de terceiros. A vida deve ser encadara como um bem social, como algo

amplo, devendo ser também um bem moral, devendo estar no pensamento de todo e qualquer ser humano a sua preservação.

No que pese toda a polêmica e a argumentação acerca do tema, bem como a decisão já tomada pelo STF, ainda existirá muito a ser discutido no âmbito jurídico sobre o caso, uma vez que, sempre existirão posicionamentos favoráveis e contrários à forma como fora julgada a ADPF nº 54. No que pese o veredito do Supremo Tribunal Federal, cumpre ressaltar que, ainda há necessidade de uma discussão mais aprofundada a cerca do referido julgado, porém não se pode ignorar os aspectos éticos e morais que envolvem o tema do abortamento de fetos anencefálicos e, nem mesmo, os princípios bioéticos e constitucionais do biodireito, que defendem o direito a vida, assunto a ser abordado no tema a seguir.

4. Anencefalia na visão da bioética e do biodireito

Bioética é o estudo sistemático da moralidade, englobando a visão, as decisões, a conduta e as políticas morais, advinda das ciências da vida e atenção a saúde, utilizando uma imensa variedade de metodologias éticas e interdisciplinares. A Bioética, atualmente, não consiste apenas num saber, se é uma deontologia ou mesmo numa forma particular de expertise, embora envolva aspectos normativos, cognitivos e intervencionistas. Trata-se de uma prática racional muito específica, que envolve, ao mesmo tempo saber, experiência e competência normativa, num contexto muito particular, voltado ao agir em sociedade (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996).

Segundo Pessini (1996) o Informe de Belmont que fora promulgado em 1978, por ser um documento que provocou grandes impactos no cenário internacional, tornou-se uma espécie de Declaração Principlista Clássica, não apenas para a ética da experimentação, mas também para uma reflexão sobre a ética em geral. Então, os três princípios éticos identificados pelo Informe foram: o respeito pelas pessoas (autonomia),

beneficência e justiça. Por isso, tem-se que, este Informe estabeleceu os três grandes princípios que fundamentam a Bioética. Nesta linha de pensamento, Correia (1996, p. 30) conceitua:

Bioética - de vida e ética - é um neologismo que significa ética da vida. Este primeiro sentido já indica um conteúdo de enorme dificuldade de abarangência: tudo o que é vida lhe compete. Decorre daí a dificuldade de se dar à bioética uma definição sumária e adequada, uma vez que as definições tendem sempre a fixar fronteiras e a bioética não tem fronteiras, não se definindo, por isso, como as demais disciplinas.

A Bioética surgiu para proporcionar um debate a respeito dos conflitos existentes no âmbito das ciências humanas ou da ciência da vida. Surgiu das necessidades que permeiam a vida humana em coletividade, como uma ponte entre a filosofia e as ciências biológicas, sendo necessária para fazer frente às consequências do desenvolvimento tecnológico sobre o meio ambiente e a sobrevivência da espécie humana (PIÑERO, 2002, p. 110). Por este aspecto, entende-se que, a Bioética contribui com um debate que vai para além do conteúdo normativo que os povos positivaram a respeito da questão que envolve o direito a vida.

Neste contexto a Bioética exerce um papel de primordial em relação aos avanços na área das ciências da vida e das políticas de saúde, trazendo uma visão mais global e consistente, no que se refere as dimensões morais das ciências da saúde e da vida. Para estabelecer maior controle sobre o direito a vida e as experimentações nos seres humanos, a Bioética utiliza-se de três princípios básicos, o princípio da beneficência, segundo qual, deve ser calculado os benefícios de cada experimentação; o princípio da autonomia, para que haja experimentação há necessidade de consentimento formalmente informado e o princípio da justiça, segundo o qual deve existir equidade entre os sujeitos da experimentação (PIÑERO, 2002, p. 113).

Com o aparecimento da Bioética, se tornou primordial o estabelecimento de normas metodológicas para a sua aplicação. As mesmas seriam aplicadas numa análise de caso-a-caso, o que faria com

que surgissem inúmeros problemas éticos. O surgimento destes conflitos éticos fez com que fossem utilizados três princípios básicos para se dirigir o estudo bioético: o princípio da beneficência, da autonomia e da justiça. Sendo assim, devem ser consideradas a beneficência dos atos, a autonomia do ser humano e a homogênea distribuição dos benefícios encontrados em cada estudo. Desta forma, a Bioética passou a mostrar caminhos, de forma ética, para a tomada de decisões frente aos problemas cotidianos que envolvem a sociedade.

Estes três princípios básicos da Bioética (beneficência - não-maleficência, autonomia e justiça), com o passar dos tempos, vêm sendo utilizados para caracterizar e delimitar a prática clínica. Não obstante os questionamentos a cerca da conduta humana na área das ciências, a Bioética utiliza vários outros campos, como a filosofia, teologia, sociologia e psicologia como critérios para uma melhor compreensão e inteligência lógica sobre seus princípios, convertendo-se os mesmos em verdadeiros símbolos morais a serem seguidos pelas condutas humanas.

A autonomia do ser humano, como um dos princípios básicos da bioética é tido como o direito de cada ser em tomar suas próprias decisões. No campo da medicina, este princípio trouxe aos pacientes a possibilidade de, sem nenhuma espécie de coerção ou restrição, tomarem suas próprias decisões, por mais benéfica que possa ser a intenção do médico. No que tange ao princípio da autonomia, muitos autores produzem definições sobre o mesmo, destacando-se Varela, Fontes e Rocha, os quais conceituam da seguinte forma:

[...] refere-se à capacidade de auto-governo do homem, de tomar suas próprias decisões, de o cientista saber ponderar, avaliar e decidir sobre qual método ou qual rumo deve dar a suas pesquisas para atingir os fins desejados, sobre o delineamento dos valores morais aceitos e de o paciente se sujeitar aquelas experiências, ser objeto de estudo, utilizar uma nova droga em fase de testes, por exemplo. O centro das decisões deve deixar de ser apenas o médico, e passar a ser o médico em conjunto com o paciente, relativizando as relações existentes entre os sujeitos participantes (1998, p. 228).

Este princípio diz respeito ao direito que tem o ser humano em ser responsável pelos seus próprios atos e de exercer o seu direito de escolha, devendo todos os profissionais, inclusive os da saúde, respeitar a vontade, as crenças e os valores morais de cada pessoa, sendo considerado como violação à intimidade da pessoa qualquer ato praticado contra a sua vontade.

No que tange ao princípio da beneficência, o qual é o mais antigo critério inserido na ética médica, o mesmo prega que se deve fazer o bem e não causar o mal, com vistas a favorecer a qualidade de vida. Qualquer ação praticada na área da saúde deve buscar, sempre, o bem da pessoa que passa por tratamento ou intervenção médica, evitando causar danos mentais ou corporais ao paciente, objetivando uma melhoria em sua saúde ou qualidade de vida (LOCH, 2002. p 13).

Também conhecido como princípio da não-maleficência, por pregar que médicos e cientistas não pratiquem qualquer atividade que signifique, mesmo que seja de forma abstrata, um mal ao paciente. Assim, a avaliação entre riscos e benefícios, deve levar em conta, tanto os presentes, quanto os futuros, expressando de forma clara e inequívoca que os primeiros serão imensamente maiores que os últimos (LOCH, 2002. p 15).

O terceiro princípio, o princípio da Justiça, estabelece que deve haver imparcialidade na análise dos riscos e dos benefícios que podem advir de um ato médico. Além disso, deve existir justiça na distribuição dos benefícios. Não se trata de igualar os seres, mas sim de pesar quem tem mais ou menos condições ao buscar os benefícios da medicina, buscando-se maior otimização das consequências benéficas dos atos, bem como o mais amplo benefício e pelo menor custo possível. Este princípio ainda se preocupa com a destinação dada aos resultados obtidos com as experimentações científicas. Tais benefícios devem ser aplicados a todos os seres humanos, sem diferenciação por classe social ou capacidade financeira em detrimento aos menos favorecidos e que, também necessitam de assistência médica (LOCH, 2002. p 16).

Atualmente a Bioética é frequentemente usada nas práticas que envolvem questões associados com a medicina, sendo o aborto um dos temas mais debatidos e analisados por ela. Essa problemática é um exemplo da dificuldade de se estabelecer diálogos sociais frente ao caso. Entende-se que a Bioética veio em resposta aos desafios surgidos do conhecimento humano, como forma de expressar de forma teórica e prática a sua consciência. Trata-se de uma ética profissional por se tratar de uma análise dos valores, normas e princípios que regem os avanços científicos. Por isso, o uso humano da tecnologia, bem como o questionamento sobre a eugenia, a experimentação, os direitos humanos, ou mesmo a morte, são responsáveis pela formação do campo de influência de grande parte da Bioética na atualidade.

Com base nestes temas e conceitos, a reflexão quanto a valores e ao respeito devidos ao ser humano leva a limites morais para estas questões. Porém, tais reflexões e conceitos não se mostraram suficientes para a regularização das relações sociais, frente aos constantes avanços científicos e tecnológicos na área das ciências humanas. Surge com isso, a figura do biodireito para tratar das novas realidades em todas as relações sociais (SANTOS, 2006, p. 42). Por isso, o biodireito pode ser conceituado como a positivação das normas bioéticas, ou seja, é a transformação de permissões de comportamentos e de sanções pelo seu descumprimento em normas escritas e positivadas, tanto na norma constitucional, quanto na norma infraconstitucional.

Com isso criou-se a norma de biodireito, o qual também é voltado a preservação e dignidade humana. Pela concessão de novos direitos no que tange aos interesses particulares do indivíduo, com o sentido de viabilizar a satisfação de necessidades diárias. Indiferente ao sentido que é dado ao direito, é inegável que este tem como objeto a regulamentação do convívio em sociedade, buscando uma convivência harmônicamente organizada, através da evolução do indivíduo, com base em valores fundamentais, como a vida, a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade (SANTOS, 2006, p. 45).

Sendo assim, é de responsabilidade do Estado planejar e efetivar políticas públicas voltadas a gestante de feto anencefálico, bem como toda sua família, para que o assunto seja enfrentado de outra maneira, que não seja, especialmente, a solução simplista da prática do aborto.

O ácido fólico, também conhecido como folato metilfolato ou vitamina B₉, é uma das vitaminas do complexo B. A referida vitamina é solúvel em água e existe naturalmente em alguns alimentos na forma de folato, sendo o ácido fólico a sua forma sintética para utilização farmacêutica e terapêutica. Essencial para inúmeras funções do corpo, o folato é de suma importância para a saúde cardiovascular e do sistema nervoso, por isso é muito importante ser administrado durante a gravidez da mulher nas dosagens recomendadas (LINHARES; CEZAR, 2013 s.p).

Para as gestantes, o folato é muito importante para um bom desenvolvimento fetal e formação do tubo neural do feto, sendo que, a suplementação com referida vitamina deve ser administrada antes mesmo do início da gravidez, ou seja, nas primeiras oito semanas após a concepção, pois neste período é que ocorre o desenvolvimento do sistema nervoso e do tubo neural do feto (LINHARES; CEZAR, 2013 s.p).

Vários estudos mostraram que dosagens diárias de suplementação em gestantes, que sejam superiores a 5 mg de ácido fólico, reduzem entre 75% e 91% a ocorrência de anomalias do tubo neural em fetos, dependendo apenas da concentração deste ácido e da idade das gestantes. Por isso, no Brasil urge a necessidade da serem criadas e efetivadas políticas públicas voltadas à fiscalização da fortificação de alimentos consumidos em larga escala com ácido fólico. Os governantes através da criação de novas legislações, devem implantar um rigoroso sistema de acompanhamento, certificação e fortificação dos alimentos mais consumidos no País com este tipo de ácido, bem como a soma de quantidades corretas da referida vitamina nos produtos alimentares (AGUIAR, 2003 p. 130).

Outro ponto importante a ser abordado, é a criação de políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento técnico dos profissionais da saúde, uma vez que, os mesmos não são preparados adequadamente para lidar

com o fim da vida, pois, são escassos nos cursos de graduação os ensinamentos voltados para os casos de pessoas em estado terminal, como é o caso dos fetos portadores de anencefalia (REGO, 2006, p.5).

Por fim, tanto as normas jurídicas, quanto as morais estabelecem formas de comportamento, se diferenciando, apenas pelas sanções aplicadas, uma vez que, a moral aplica sanções muito mais de cunho psicológico, enquanto a justiça aplica sanções materiais. No primeiro caso, o Poder Público pode intervir em defesa do direito ameaçado ou violado, a fim de manter, efetivamente a vida em sociedade, independentemente da condição que o indivíduo possa se encontrar, mesmo quando se tratar de fetos anacefálicos.

Considerações finais

A partir dos estudos realizados neste trabalho, salienta-se que, apesar da legislação Pátria ter se demonstrado um tanto indiferente ao abortamento de fetos anencefálicos, se preocupando apenas em contemplar o tema como uma excludente de ilicitude, não pode deixar de lado o direito a vida do feto, o qual mesmo gerando tantas polêmicas, merece ser discutido.

Outro ponto importante é a decisão já tomada pelo STF. Ainda existirá muito debate no âmbito jurídico sobre o caso, uma vez que sempre existirão posicionamentos favoráveis e contrários à forma como fora julgada a ADPF nº 54. Cumpre ressaltar que, ainda há a necessidade de discussão mais aprofundada a cerca do referido julgado, porém não se pode ignorar os aspectos éticos e morais que envolvem o tema e, nem mesmo, os princípios bioéticos e constitucionais que defendem o direito a vida.

Também, há necessidade de considerar os três princípios básicos da Bioética para fundamentar a tomada de decisões, quando do surgimento de problemas éticos no cotidiano social. Culminou com o surgimento de três princípios a serem seguidos (princípio da beneficência, o princípio

da autonomia e o princípio da justiça). Com isso, a Bioética possui uma espécie de caráter resolutivo, pois auxilia no enfrentamento, de forma ética, a questões cotidianas que podem afetar o convívio em sociedade, uma vez que, envolve muito mais do que a simples tomada de decisão. São questionamentos que, muitas vezes, tratam de direitos fundamentais dos seres humanos, como por exemplo, a tutela dos fetos anencefálicos.

Mesmo assim, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma espécie de legislação específica que ampare a interrupção da gravidez, ou mesmo a antecipação terapêutica do parto em casos do feto ser portador de anencefalia. O único precedente aberto para uma possível permissão, é o julgamento favorável à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 pelo STF, a qual declarou a inconstitucionalidade da tipificação como aborto. Prevê a realização da interrupção da gravidez por ser o feto portador de anencefalia, autorizando assim, que seja efetuada a intervenção cirúrgica por profissional da área médica, isentando-o de qualquer responsabilidade pelo crime de aborto.

Na visão da Bioética, o tema envolve direitos que se contrapõem, pois qualquer pessoa tem o direito fundamental a vida assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º. Também assegura ao feto anencéfalo o direito a vida, bem como a gestante possui o direito à autodeterminação. Porém, através da análise dos princípios básicos da Bioética (princípio da beneficência, princípio da autonomia e princípio da justiça), embora a gestante tenha autonomia para fazer suas próprias escolhas e decidir arcar com suas consequências, o princípio da beneficência não autoriza que uma ação, mesmo benéfica a um ser, cause malefícios a outro ser, causando o entendimento de ser contrária à interrupção do parto, por ser esta uma medida imensamente gravosa ao feto.

O tema da anencefalia deve ser esclarecido para a gestante e a sociedade sobre a formação de opiniões fundamentadas, além de que, a vontade, os valores morais e as crenças de cada um devem ser respeitados, levando-se em consideração os princípios da Bioética (beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça).

Portanto, é muito importante que se intensifique o combate às causas da anencefalia, bem como se trate mais abertamente o tema, através de políticas públicas de informação em massa. Por isso, é de suma importância a criação destas políticas voltadas a um melhor atendimento à gestante portadora de feto anencéfalo. Porém, deve contemplar toda a sua família, a qual deve estar ciente quanto às complicações que podem advir duma gestação desta natureza e assim, participar da decisão tomada pela gestante, com vistas a atacar diretamente as causas sociais do aborto. O caminho mais plausível não é apenas o Estado legalizar a prática deste tipo de aborto. É sim, promover estratégias de prevenção como medida de proteção à vida de todos por intermédio da saúde pública.

Referências

- AGUIAR, Marcos. **Defeitos de fechamento do tubo neural**. *Jornal de Pediatria*, 2ed., vol. 79, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v79n2/v79n2a07.pdf>> Acesso em 25 set. 2017.
- ALMEIDA, Jéssica de Jesus. **Aborto de feto anencefálico: nova perspectiva após decisão do STF**. *Revista CEJ*, Brasília, 64. ed. 2014.
- BRASIL, **Constituição de República Federativa do**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organizada por Alexandre de Moraes. 45. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>> Acesso em: 26 abr. De 2017.
- _____. Resolução 1949 de 10 de junho de 2010. **Regulamenta matéria sobre fetos anencefálicos no Brasil**. Conselho Federal de Medicina. Diário Oficial da União de 06 de julho de 2010.
- BITERN COURT, Cesar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 2. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns Desafios da Bioética. IN: Léo Pessini; Christian de Paul de Barchifontaine (Org.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

DINIZ, Débora. GUILHEM, Dirce. **O que é Bioética?** São Paulo: Braziliense, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001.
Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm> Acesso em: 20 de maio, 2017.

LINHARES, Angélica Ozório. CEZAR, Juraci Almeida. Suplementação com ácido fólico entre gestantes no extremo Sul do Brasil: prevalência e fatores associados. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol. 22, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200535&lang=pt> Acesso em: 06 nov. 2017.

LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Temas de Pediatria Nestlé, 2002 n° 73. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>.

MARQUES, Henry Ricardo. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésio - alvará para marta. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 85ed., vol. 734, 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Diretriz: **Suplementação diária de ferro e ácido fólico em gestantes**. Genebra: OMS, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1413-8123201700020053500006&lng=en> Acesso em: 16 out, 2017.

PESSINI, Léo. Os Princípios da Bioética. IN: Léo Pessini; Christian de Paul de Barchifontaine (Org.). **Fundamentos de Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

PIEROBON, Flávio. LOPES, Rosielma dos Santos. MILANEZ, José Carlos. Direito à vida e ao próprio corpo: a impossibilidade de descriminalização do delito de aborto face a atual legislação. In: Revista Apórica Jurídica. **Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cesage**, 5. ed. vol. 1, 2016.

PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad, 2002.

REGO, Sérgio. A finitude humana e a saúde pública. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000800025> Acesso em 20 out. 2017.

SANTOS, Vanessa. ANJOS, Karla Ferraz. SOUZAS, Raquel. EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública**. Revista Bioética, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000300014&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em 20 out. 2017.

TOMASZESWESKI, Adauto de Almeida. **Lições fundamentais de direito: direitos da personalidade, abordagens constitucionais, civis e processuais**. Londrina: Midio-graf, 2006.

VARELA, Marcelo Dias. **Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico e regulamentar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VII

O direito a saúde indígena: o uso de relatos etnográficos para a análise empírica de sua efetividade no contexto da experiência do povo indígena Puyanawa

*Charles Borges Rossi*¹

*Jósimo da Costa Constant*²

Considerações iniciais

O objetivo deste trabalho é apresentar alguns resultados de pesquisa oriundos experiência dos autores com o uso de métodos de observação participativa com indígenas da etnia Puyanawa para a compreensão de alguns problemas referentes à baixa efetividade do direito à saúde no contexto específico desta comunidade. Não se pretende com este trabalho atingir uma abrangência maior do que a experiência concreta dos seus autores na convivência com usuários e gestores principalmente do Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) do Alto Rio Juruá, em especial no seu polo-base de Mâncio Lima, que integra uma das esferas locais do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI), instituído pela Lei Federal nº. 9.836/1999, como parte especificamente voltada à saúde indígena do Sistema Único de Saúde (SUS).

¹ É advogado, doutor em direito pela Universidade de São Paulo e professor-adjunto da Universidade Federal do Acre, Campus Floresta.

² É antropólogo e candidato ao doutorado do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Museu Nacional (UFRJ).

A pesquisa que origina este trabalho parte do pressuposto teórico de que alguma compreensão da realidade social é elemento indissociável da tarefa de refletir sobre os ideais da sociedade e suas formas possíveis de normatividade (Unger, 1976; Kant De Lima, 1996; Unger, 1996; Kant De Lima, 2010), neste caso, relacionado à efetividade do direito à saúde do povo indígena Puyanawa. Neste sentido, este artigo parte da sistematização de dois conjuntos de dados que estruturam sistemas interdependentes e distintos de significados, que, nesta perspectiva, não podem ser interpretados independentemente. De um lado, o conjunto que consiste no mapeamento dos principais arranjos institucionais dentro do sistema de significados juridicamente definidos e que orienta a delimitação e alcance do direito à saúde tal como aplicável às comunidades indígenas em geral, e Puyanawa em particular, constituindo uma versão idealizada de um direito supostamente universal e pleno. De outro, o conjunto formado pelas observações participativas coletadas pela experiência dos autores deste trabalho predominantemente na comunidade da aldeia do Barão, na Terra Indígena Puyanawa, no estado do Acre, sistematizados com base numa etnografia articulada a partir de entrevistas em profundidade, viagens a campo e da própria experiência familiar de um de seus autores, ele mesmo um indígena Puyanawa cuja mãe é usuária frequente do SASI-SUS.

A partir destes dois conjuntos de dados, buscou-se realizar um exercício reflexivo a respeito do alcance e dos limites dos conceitos que estruturam a linguagem prescritiva das normas jurídicas que, por sua vez, encontram-se refletidas nos arranjos institucionais da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas. Adota-se aqui por premissa, deste modo, que a comparação reflexiva entre os sistemas de significados produzidos pelas experiências concretas dos usuários aqui relatadas e pela atividade legislativa e administrativa que origina a construção e implementação destes arranjos pode revelar questões ainda mal resolvidas em matéria de efetividade do direito à saúde nesta comunidade, contribuindo inclusive para sua própria ressignificação e

reconstrução na práxis social, com o potencial de melhor informar a ação concreta dos atores envolvidos na efetivação deste direito nesta e em outras comunidades.

1. Narrativa jurídico institucional

Partindo de uma abordagem sincrônica do sistema de significados delimitado pelo uso de uma hermenêutica judicialmente aceita da estrutura jurídico-institucional tal como definida nas normas de direito atualmente vigentes, o direito à saúde tal como exigível para os povos indígenas encontra-se previsto em pelo menos três níveis de normatividade. Primeiro, pela Constituição Federal de 1988, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos que, uma vez internalizados no ordenamento jurídico, passam a integrá-la. Depois, por leis ordinárias, e, por fim, por normas infralegais, em especial pelas portarias editadas por órgãos e entes vinculados ao Ministério da Saúde.

No nível constitucional, os arts. 231 e 232 reconhecem os direitos indígenas comprometendo o Estado brasileiro com a valorização e a tutela das múltiplas etnias e culturas que configuram o amplo mosaico da nossa multiculturalidade, ao passo que os arts. 196 a 200 instituem a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) reconhecendo a universalidade e a responsabilidade do Estado brasileiro na ampla efetivação do direito à saúde a partir de uma rede que articula atores de forma descentralizada, regionalizada, com participação da comunidade e funcionalmente hierarquizada a partir do grau de complexidade dos tratamentos e procedimentos oferecidos à população.

No âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas afirma no seu art. 24 que “os povos indígenas têm direito a suas próprias medicinas tradicionais e a manter suas práticas de saúde, bem como desfrutar do nível mais alto possível de saúde, e os Estados devem tomar as medidas necessárias para atingir progressivamente a plena realização deste

direito”, ao passo que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelece no seu art. 25 que “os sistemas de assistência à saúde devem dar preferência à formação e ao emprego de pessoal de saúde das comunidades locais, e concentrar-se nos cuidados básicos de saúde, assegurando ao mesmo tempo vínculos estreitos com os demais níveis de assistência à saúde”.

Já no nível das leis infraconstitucionais e das normas infralegais, cuja interpretação realiza-se à luz dos valores e princípios constitucionalmente reconhecidos, merecem destaque, em primeiro lugar, a Lei Federal nº 9.836/99, regulamentada pelo Decreto nº. 3.156/1999 e complementada pela Portaria MS nº 852/1999, que estabelece a responsabilidade direta do Ministério da Saúde pelas políticas e diretrizes de promoção, prevenção e recuperação da saúde indígena e institui no âmbito do SUS o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI-SUS) com base nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs). Atualmente, a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, originalmente criada pela Portaria MS nº 254/2002, funciona com base no modelo de gestão cuja execução é coordenada pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), órgão diretamente vinculado ao Ministério da Saúde, criada pela Lei Federal nº 12.314/2010 e regulamentada pelo Decreto nº 7.336/2010.

Este modelo de gestão articula uma rede que inclui entidades privadas sem fins lucrativos para executar ações complementares na atenção à saúde dos povos indígenas além dos órgãos e entes públicos que, em conjunto, operam de forma integrada ao SUS. A SESAI foi criada para substituir e aperfeiçoar a execução desta política antes a cargo da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), promovendo, na esteira das demandas das comunidades indígenas e outras instituições de promoção dos direitos indígenas tal como manifestadas nas Conferências Nacionais de Saúde Indígena, a sustentabilidade financeira e orçamentária, a adoção de práticas avançadas e eficazes de gestão dos profissionais vinculados ao sistema, a garantia da autonomia administrativa dos DSEIs e a consolida-

ção de mecanismos eficazes de controle social com a participação legítima dos indígenas em todas as instâncias decisórias. As Conferências Nacionais de Saúde Indígena foram organizadas pelo Ministério da Saúde com a participação da FUNAI, FUNASA, organizações de representação indígenas, movimentos sociais e ONGs de promoção dos direitos indígenas e tiveram papel fundamental na construção dos arranjos institucionais que atualmente estruturam a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, tendo ocorrido em 1986, em 1993, em 2001, em 2006 e 2013, sendo sempre precedidas de conferências locais e distritais.

2. Narrativa etnográfica

A estrutura jurídico-institucional resumidamente mapeada no tópico precedente pressupõe a validade e a legitimidade de sistemas teóricos que fundamentam a atividade interpretativa dos princípios e das políticas públicas enraizados nos arranjos institucionais que estruturam a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas pelos atores que compõem a vasta rede que lhe confere concretude no cotidiano das comunidades impactadas por esses arranjos.

Deste modo, com o propósito de colocar em perspectiva o modo pelo qual esta atividade interpretativa se manifesta na ação dos agentes públicos e privados responsáveis pela oferta do serviço público de saúde indígena, enfatiza-se a partir deste ponto a experiência concreta do cidadão-usuário indígena, representado neste contexto por indivíduos selecionados a partir da vivência em campo dos pesquisadores. O objetivo nesta etapa do trabalho é aprofundar a análise na descrição particularizada da vivência de indivíduos específicos nas suas relações com os atores encarregados da efetivação dos princípios e da política pública de saúde da comunidade indígena Puyanawa, contribuindo para uma atividade ressignificativa do discurso normativo que orienta a ação de diversos atores nesta rede de forma a contribuir para a maior efetivi-

dade deste direito fundamental para o povo Puyanawa em particular e para as comunidades indígenas de forma geral.

3. Transcrição de relato livre de Jósimo Puhku

Sou filho do senhor Jorge Constant e Enedina Rosa da Costa, sou o filho mais novo dos meus quatro irmãos. Aqui eu descrevo como foi minha viagem com minha mãe às CASAIs de Mâncio Lima e Rio Branco, discutir e como que é executado todo esse processo de atendimento aos povos indígenas e analisar a vida de um Puyanawa quando sai da aldeia e recorre ao tratamento científico que é desenvolvido na cidade e com profissionais de saúde não indígena.

Desde 2012, minha mãe faz um tratamento na capital do Acre, Rio Branco. De seis em seis meses, ela tem que retornar a capital para mostrar seus exames e ser avaliada pelos médicos. Quando cheguei à aldeia, ela me informou que ia fazer esse retorno que seria talvez no mês de janeiro, pois havia quase nove meses que ela estava sem fazer esse retorno e mostrar seus exames. Uma das dificuldades apontada por ela, é a demora que o Polo de Mâncio Lima tem de agendar as consultas. Na lógica dos DSEIs, polo é o local que concentra a gestão do atendimento em área onde se concentra a equipe multiprofissional que deve se distribuir nos postos indígenas nas comunidades. Eu mesmo presenciei as diversas ligações que minha mãe fez para Rio Branco para agendar a consulta por conta própria, e em muitas situações ela ficou alterada e chegou até a falar grosseiramente com os responsáveis que agendam as consultas em Mâncio Lima.

Depois de várias ligações para o Polo da CASAI em Mâncio Lima e para CASAI de Rio Branco, minha mãe finalmente conseguiu agendar a consulta e me informou que iríamos para a CASAI de Mâncio Lima dia 14/02/2016 e fiquei muito ansioso, pois eu queria conhecer o lugar. Saímos da aldeia Barão na data citada acima, às 15h, em uma tarde de domingo. Fomos conduzidos pelo motorista Joaquim que mora na pró-

pria aldeia Barão. Quando estávamos próximos de chegar, eu avistei o prédio da CASAI em Mâncio Lima que fica num bairro chamado Guarani, e de longe deu para ver o imenso muro que fecha o lugar e uma guarita mesmo na entrada, ou seja, um sistema de segurança total. Chegamos às 16h.

Logo na entrada fomos fiscalizados pela segurança que estava na guarita e de lá fomos conduzidos até a sala da coordenação para nos identificarmos. Após a identificação, fiquei olhando a estrutura da CASAI e aquilo me causou incômodo. Fiquei observando os indígenas que ali estavam e a maior parte era de Ashaninka, Kaxinawá, Nukini e alguns Nawá. Enquanto minha mãe arrumava nossas coisas e providenciava nossas dormidas, sai andando a observar a CASAI e puxar assuntos com alguns indígenas, porém quase todos estavam muito concentrados num lugar parecido com uma oca que fica dentro do terreno da CASAI. Minha curiosidade aumentava cada vez mais e puxei assunto com o senhor Oliveira da etnia Ashaninka do Rio Breu. Perguntei de onde ele era e o que estava fazendo ali. Oliveira muito tranquilo disse que era do Rio Breu e me chamou para sentarmos numas cadeiras que ficava em um dos corredores da CASAI. Fui juntamente com o senhor Oliveira, e comecei a notar algumas coisas.

O senhor Oliveira e eu sentamos em algumas cadeiras que há no corredor da CASAI e começamos a conversar. Ele me falou que já estava há mais de três meses em Mâncio Lima, pois tinha ido para fazer uma cirurgia no olho esquerdo e que estava tendo muitas dificuldades para enxergar. Notei uma grande simpatia e alegria no senhor Oliveira, pois esse me falou muito sobre seu povo e como estava sendo passar vários dias fora de casa. A conversa estava sendo muito proveitosa e produtiva, mas chegou o motorista Ivan que ia nos levar para a CASAI de Rio Branco e convidou minha mãe e eu para irmos dormir na casa dele que fica na cidade de Cruzeiro do Sul, pois a dormida estava sendo um problema pela falta de colchões. Ivan explicou que seria melhor porque ficava mais próximo para ele e ele não ia ter que voltar pela madrugada de Cruzeiro

do Sul para Mâncio Lima só para pegar eu e minha mãe. Ele é casado com uma Puyanawa e um grande conhecido nosso.

Aceitamos o convite de Ivan, pois esse nos seduziu com uma janta na sua casa que ia ser pato cozido. No mesmo momento, minha mãe e eu pegamos nossas coisas e embarcamos no carro de Ivan e fomos para a cidade de Cruzeiro do Sul, mas no caminho para casa de Ivan, algo me incomodava e causava curiosidade, pois eu fiquei muito maravilhado em ver tantos parentes reunidos, mas também fiquei sensibilizado com algumas situações que presenciei. Diante disso, surgiram alguns questionamentos, porque aquele lugar tem que ser fechado daquela forma? Porque somos obrigados a adaptar às regras do lugar? Como se sentem os indígenas ali? Qual a versão dos profissionais de saúde que cuidam dos indígenas?

Na proveitosa conversa que tive com o senhor Oliveira, uma das suas reclamações é de que existe uma proibição quase total de saída para os indígenas, a não ser que tenham que fazer alguma coisa em extrema necessidade e fora isso, só acontecem saídas para as consultas, ou seja, os indígenas que estão na CASAI de Mâncio Lima vivem em um isolamento total com a sociedade envolvente. Pela madrugada, cerca de umas 5h da manhã, minha mãe e eu nos levantamos na casa do motorista Ivan e se preparamos para a longa viagem até Rio Branco. Ivan tinha voltado à CASAI de Mâncio Lima porque tinha recebido uma ligação para ir buscar um indígena da etnia Kaxinawa. Poucos minutos após minha mãe e eu levantarmos, Ivan chegou e, então, saímos rodando Cruzeiro do Sul para pegar mais passageiros, porque algumas pessoas e outros indígenas iam fazer um curso de treinamento em Rio Branco. Depois que a van da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) recolheu todos os passageiros, partimos para Rio Branco por volta das 7h da manhã.

Após uns quarenta minutos, paramos no Posto de Saúde da comunidade Katukina-Campinas. Ficamos esperando dentro da van, e embarcaram uma mulher com seu filho de dois anos e o irmão dela. Ouvi claramente uma enfermeira que estava no Posto de Saúde dizer ao en-

trregar algumas coisas para os Katukina: “Isso é tudo que podemos fazer e boa viagem”. Ou seja, ela entregou algumas águas minerais e alguns iogurtes para eles. Iniciamos novamente a viagem, depois de mais ou menos umas duas horas, algumas pessoas começaram a vomitar dentro da van, inclusive minha mãe. O motorista Ivan parou um pouco para que os que estivessem tendo enjoos vomitassem e ficassem melhor para a jornada, pois a situação da estrada era muito ruim. Eram muitos buracos na estrada e fiquei muito preocupado com o trecho e com minha mãe, pois eu sabia que aguentava a viagem, por ser mais novo e ter mais força física. Eu olhava para minha mãe e essa se mostrava muito inquieta com o calor, pois a van da SESAI já era adaptada para não abrir as janelas e o ar condicionado dentro dela mal funcionava e sem falar na própria van, pois esse transporte não tinha o mínimo de suporte adequado para transportar pacientes indígenas em uma viagem tão longa. Os bancos da van eram inclinados para á frente e eram duros, não tinham almofadas como outros transportes e não tinha como descansar ou dormir nos bancos. Na viagem, eu bem que tentei tirar um cochilo, mas de repente eu me acordava achando que a van ia virar ou bater em outros veículos, os quais passavam pela BR 364 porque esses passavam bem próximo do nosso transporte, a estrada apresentava situações terríveis no tráfego. Fiquei prestando atenção na criança Katukina, ela não chorava em nenhum momento, e chegamos próximo ao município de Feijó por volta das duas horas da tarde e o motorista Ivan disse que íamos parar para almoçar. Descemos em um desses restaurantes à beira de estrada e fomos almoçar, lá no restaurante havia muitos caminhoneiros almoçando. Sentamos em uma mesa no restaurante e pedimos a comida, mas antes minha mãe falou que os Katukina tinham ficado dentro da van, pois eles não tinham dinheiro para almoçar. Minha mãe e eu ficamos muito comovidos com a situação deles, eu desci na estrada e fui chama-los para almoçar.

Eles disseram que não tinham dinheiro, então falei que minha mãe e eu íamos pagar o almoço deles. Eles ficaram muito felizes e foram al-

moçar conosco. Eles estavam com fome, o irmão da mulher se chama Erivaldo, tem 24 anos. Conversei muito com ele, que me disse que constantemente vai a Rio Branco com sua esposa, mas dessa vez a esposa dele já estava lá internada em um hospital com uma doença no pescoço. Pensei comigo mesmo, se ele vai constantemente à Rio Branco, será que todas as vezes que ele vai, ele não leva nenhum dinheiro e passa o dia todo sem comer?

Passamos por vários municípios do Acre, como Tarauacá, Feijó, Senador Guiomard, Sena Madureira entre outros. Por volta das 19h30, chegamos à Rio Branco, mas ainda não foi um alívio porque vagarosamente o motorista Ivan saiu deixando as pessoas da van em alguns lugares para depois irmos a CASAI. Também, chegar em Rio Branco, não significava que estávamos próximo à CASAI. Eu estava cada vez mais angustiado porque meu celular estava sem crédito e eu tinha que ligar para o antropólogo Marcelo Piedrafita para marcarmos uma conversa. Eu também estava louco para poder tomar um bom banho. O motorista Ivan me informou que a CASAI tinha mudado de lugar e que ficava em outro bairro mais distante da antiga CASAI.

Depois de rodar por vários lugares de Rio Branco deixando alguns passageiros, chegamos à CASAI, e novamente fiquei assustado com o tamanho do muro que cercava aquela instituição e na entrada também tinha uma guarita parecida com a CASAI de Mâncio Lima, mas tinha mais guardas. Seguimos o mesmo procedimento para identificação e a assistente técnica em enfermagem perguntou-nos se tínhamos levado rede, porque havia apenas colchões e cortinados, mas não tinha onde armar os cortinados e isso era um sério problema. Na entrada da sala da coordenação havia uma criança que minha mãe falou que já estava há vários meses na CASAI e notei que aquela criança estava muito doente, aliás, na entrada, a aparência adoecida de muitos indígenas.

Depois da identificação, minha mãe e eu fomos para o quarto e nesse quarto tinha cerca de uns vinte e cinco indígenas todos da etnia Kaxinawa incluindo homens, mulheres, adolescentes crianças e bebês de

colo. Notei que a maior presença por lá eram os Kaxinawas, pois estes estavam em grande número nos quartos da CASAI. Eu estava louco para tomar banho, mas uma das surpresas que tive foi à falta de água, pois naquele momento não tinha água nos chuveiros. Minha mãe me chamou para irmos até a cozinha atrás de comida, eu fui, mas já tinha acabado a hora da janta porque chegamos cerca de uma 20h30 na CASAI. Eles avisaram que, 21h00 tinha a “merenda.” Mesmo assim nos deram uma janta, que eram em pequenos marmitex.

Depois de jantar, minha mãe foi à coordenação pedir para que eles dessem um jeito para poder ligar a água, e cerca de meia hora depois a água começou a funcionar novamente. Fui tomar banho e notei que existiam apenas dois chuveiros para todos que estavam naquele quarto e também era apenas um banheiro de uso. Minha mãe me disse para tomar banho rápido porque a água era um problema na CASAI e costumava faltar muito rápido. Após o banho fui a um salão que fica na frente da cozinha, pois vários indígenas estavam assistindo televisão lá e eu queria me aproximar mais dos parentes e conhecer o sistema operacional da CASAI. Meu celular virou algo exótico para alguns indígenas que ali estavam e também continuei conversando com o parente Erivaldo Katukina e alguns indígenas da etnia Apurinã do Amazonas, no qual esses me convidaram para tomar o rapé deles. Ao chegar no quarto, minha mãe já estava deitada e alguns indígenas também. Eu estava muito cansado e queria dormir, mas notei que os problemas estavam apenas começando. Era um quarto de mais ou menos dez metros de comprimento por oito de largura, e havia poucos ventiladores. Nesse quarto, como em todos os outros, dormem mulheres, homens e crianças. Deitei-me em um colchão próximo de minha mãe e tentei dormir. O calor era insuportável, depois de alguns minutos deitado, eu fui ao banheiro novamente para tomar banho. Outro grande problema que notei, foi a forte presença de pernilongos, pois passei a noite inteira matando pernilongos e tentando me abanar.

Foi uma noite terrível, pois peguei no sono apenas pela madrugada por volta das 5h00 da manhã. Levantei cedo porque minha mãe e eu fomos pedir aos coordenadores que nos liberassem para irmos ao centro de Rio Branco comprar algumas coisas. Num primeiro momento, eles não quiseram nos deixar sair, mas depois de muita insistência conseguimos ser liberados. Coordenadores colocaram várias condições para nos deixar sair. Eu nem almocei nesse dia, pois estava muito cansado e com muito sono. Quando achei que ia dormir bem, me senti incomodado por muitas moscas que sentavam sobre mim, mas mesmo assim, consegui dormi um pouco em meio à quentura. Antes de ir ao centro de Rio Branco com minha mãe, eu fui tomar banho, mas tinha faltado água novamente e tive que tomar banho no centro da CASAI, onde há uma caixa d'água mesmo no centro da instituição. Depois que dormi um pouco, levantei e tomei um banho e me dirigi até a sala da coordenação. Fui muito bem recebido pelos funcionários que ali estavam, inclusive pelo gerente de enfermagem na CASAI de Rio Branco, o enfermeiro João Paulo Barreto de Lima, 31 anos. Então, fui observar o espaço da CASAI, e contei quatorze ares condicionados em várias salas, mas nas salas que os indígenas dormem não tem nenhum ar condicionado. A falta de ventilação e o calor intenso tornam as noites insuportáveis e, onde estavam os indígenas não haviam ar condicionado. O banheiro também era um problema, havia somente uma privada semelhante a que os presos usam nas penitenciárias e não dava descarga. Quem usasse, tinha que jogar água depois. Sem falar no bebedouro que ficava no salão da cozinha, pois não gelava água e a água caía os poucos da torneira. Eu estava seriamente preocupado com minha mãe, a consulta dela ia ser na quarta-feira às 14h00, e ela tinha me informado que o motorista Ivan ia para Cruzeiro do Sul na quinta pela madrugada e se o exame não acusasse nada, poderíamos pegar uma carona de volta. Então, na quarta-feira enquanto minha mãe fosse na consulta mostrar seu exame, eu ia fazer minha esperada conversa com o enfermeiro João Barreto. Minha preocupação ver minha mãe dormindo com aquelas condições, com pernilongos e o terrí-

vel calor, pensei que minha mãe fosse se sentir mal, mas ainda bem que ela conseguiu uma cama mesmo embaixo de um dos poucos ventiladores.

Ainda circulando pela CASAI, me senti preso, pois não podia sair, e tive que ficar muitas vezes sentado em alguns bancos vendo o tempo passar e esperar chegar a hora das refeições. Várias vezes eu fui ao portão de acesso na entrada e saída e fiquei lá vendo as pessoas, carros e motos que ali pela frente passavam. Comprei sorvete para mim e a criança albina Kaxinawa, de alguns vendedores ficavam vendendo na frente do portão. Nos dois dias que fiquei na CASAI, o portão ficava aberto, porém não podíamos sair porque sempre tinha um guarda vigiando. Na terça-feira à noite tive sérios problemas para dormir, os pernilongos não paravam de me picar e a quentura estava insuportável, além do mais, tinha faltado água. Fiquei tão aperreado, peguei meu colchão e coloquei mesmo na frente da porta do quarto, mas não teve jeito, os pernilongos não paravam de picar. Então passei a noite naquele sofrimento. Pelo menos eu estava conformado em saber que minha mãe não estava passando por aquela situação. Até que enfim, a manhã de quarta-feira chegou, pude descansar melhor, mesmo as moscas me incomodando. Dormi bastante e depois fui almoçar, e me preparar para fazer minha conversa enquanto minha mãe fosse para a consulta. As 14h, fui para a sala da coordenação esperar o enfermeiro João Barreto. O enfermeiro demorou uns vinte minutos para chegar e enquanto isso, eu fiquei sentado numa cadeira da coordenação próximo a porta e fiquei observando os parentes. O enfermeiro chegou e me convidou para outra sala dentro da coordenação e começamos a conversa.

Na aldeia Barão nós temos um Posto de Saúde para atender as aldeias Barão e Ipiranga. Temos profissionais de saúde indígena como Eronilda Mádailta, Francinete Souza, Ozana e Eunice que são as agentes da aldeia Ipiranga. Dentro da comunidade também temos os dois motoristas Sandro Cordeiro e Joaquim, além de termos o carro dentro da própria comunidade. Temos também duas pessoas que trabalham furan-

do dedo em casos de malária. Temos dois agentes que trabalham no controle da água, o que conhecemos como Agentes Indígenas de Saneamento Básico (AISAN). Mesmo assim quando vivemos, por exemplo, essa experiência de estar na CASAI, há uma situação de controle sobre nós e condições muito precárias no cotidiano de estar aqui, não somos tratados com dignidade.

Depois da conversa com o enfermeiro, eu saí para ir ao quarto que estava com minha mãe e minha mãe já estava lá e me falou que o exame não tinha acusado nada. Fiquei tremendamente feliz. Minha mãe Enedina, já sofreu muito na vida igual a todos os Puyanawa. Ela me relatou que quando era criança, dormia em cima de palhas de buritis, passava a semana apenas com uma muda de roupa. A necessidade na época era enorme. Ela relatou que sofreu muito com sua irmã mais nova. Passavam o dia pelo mundo pedindo um pouquinho aqui, um pouquinho acolá, e muitas vezes não conseguiam nada. Ela e sua irmã dormiam sem nenhuma proteção e os morcegos chupavam seus sangues.

Minha falecida avó, teve que ir trabalhar em Cruzeiro do Sul para poder ganhar algum dinheiro para comprar alguma coisa para minha mãe e sua irmã. Minha mãe contou que um morcego chupou a cabeça de minha tia e essa pegou bichos na cabeça, “larvas” e foi muita luta para poder tirar os bichos e sarar aquela enfermidade. Não fiz uma conversa direta com minha mãe, mas me emocionei muito com sua história de vida. Éramos reféns do poder severo e cruel de um coronel e seus herdeiros. E como deveria ser a vida das mulheres indígenas. Porém analiso que ainda somos reféns, mas de outros poderes, poderes esses que são implantados sem consultar os povos indígenas, o povo Puyanawa muitas vezes não tem a oportunidade e o direito de ter voz na tomada de decisão. Conquistamos direitos e ainda somos violentados ao usufruir desses direitos.

Minha ida às CASAIs de Mâncio Lima e Rio Branco, foi muito significativa, porque percebi que ainda somos cativos e oprimidos por muitas políticas de Estado. Não é nada fácil trabalhar com povos indígenas, a

CASAI ao meu ver, ainda falta muito para atingir um nível mais ideal. Mas não culpo os profissionais de saúde que atuam lá, pois vi que esses também são muito ocupados com muitas demandas da instituição e fazem o possível para atender todos que ali estão. Na segunda noite que estive na CASAI de Rio Branco, dois indígenas fugiram e não voltaram, então a segurança e os coordenadores dizem que aquele muro é para evitar as fugas e até mesmo o contato porque tem muita gente doente. Esses são os estigmas que nos marcam, não sabemos nos cuidar, não sabemos tomar decisões e, no contexto de saúde, somos doentes e passíveis de contaminar os não-indígenas. Quando os indígenas fogem, alguns vão pedir ajuda na rua, se prostituem, roubam e muitas vezes, a Polícia Federal já foi buscar indígenas bêbados que estavam causando bagunça. Qual é o nosso espaço na cidade, onde estamos, onde vivemos, podemos estar em todos os lugares. Há muita coisa a ser feita pelos povos originários dessa terra, que não tem saúde de qualidade e que são obrigados a submeter a um modo de vida que não é o seu. A CASAI representa apenas uma instituição que somos obrigados a nos submetermos as suas regras.

Depois de receber a notícia que o exame da minha mãe não tinha acusado nada, nos preparamos para a longa viagem até Mâncio Lima. Minha mãe e eu levantamos por volta das 5h da manhã porque o motorista Ivan tinha avisado que neste horário ele ia estar na CASAI para pegar os passageiros, então já tínhamos arrumado nossas coisas e eu estava querendo muito voltar. Alguns indígenas também já tinham se preparado para a viagem, mas antes, Ivan foi até a coordenação solicitar pelo menos um suco com bolacha para que alguns indígenas comessem na viagem. Fiquei assustado quando vi um bebê de dois meses junto com sua mãe, porque eles também iam fazer a viagem. O suco com bolacha foi cedido pela coordenação da CASAI, entramos na van e iniciamos a viagem de volta. A mãe do bebê Kaxinawa só tinha levado uma fralda descartável e o bebê tinha urinado na fralda. A quentura estava quase insuportável dentro da van. Descemos em alguns pontos para lanchar e

os Kaxinawa ficavam dentro da van, pois notei o mesmo problema deles em relação aos Katukinas. A mãe do bebê e o tio dela que ia junto, não tinham levado nenhum dinheiro. Mesmo com a fralda cheia de urina, o bebê dormia sobre os bancos da van e aquilo me causou comoção e infelizmente não podíamos fazer nada. Em alguns momentos eu jogava um pouco de água mineral sobre o bebê e também dava alguns assopros para ver se afastava um pouco da quentura. Passamos por várias cidades e chegamos a Cruzeiro do Sul por volta das 19h30 da noite. Passamos quase uma hora rodando pela cidade deixando passageiros e só depois chegamos a CASAI de Mâncio Lima por volta das 21h. Na CASAI de Mâncio Lima, fui usar o banheiro e não tinha água. Minha mãe pediu para que ligassem a água e depois de meia hora, a água voltou. Eu estava sentindo muito frio e fortes dores de cabeça. Tive problemas para dormir por causa do frio e pedi para desligarem o ar condicionado. Mesmo me sentindo mal, eu parei um pouco para conversar com o senhor Oliveira. Ele disse que estava ansioso porque na quarta ia sair da CASAI, ia aproveitar a carona de um amigo. Antes de eu ir para o quarto, a enfermeira fez um indígena levantar da cama para eu poder me deitar, não tinha cama para todos e não sei onde ele foi dormir. A coordenação alega que as camas são apenas para o enfermo e o acompanhante, mas vários indígenas quando vão para as CASAIs levam a família toda. Só aceitei a cama porque eu não estava bem e precisava descansar. Eu tinha quase certeza que estava com malária. Eu estava exausto da viagem, meu corpo tremia com frio, eu estava meio fraco, pensei que era malária por causa das terríveis noites que passei em Rio Branco. Furei o dedo, mas não deu malária, descobri depois que tinha sido por causa da viagem e das noites que passei sem dormir na CASAI de Rio Branco. Após passar a noite sofrendo com frio e dor de cabeça, eu levantei cedo e arrumei minhas coisas juntamente com minha mãe para voltarmos para casa. Notei que na minha saída, vários indígenas foram ao portão e ficaram olhando, pareciam detentos querendo sair. Olhei com um olhar sentimental, me despedi e fui embora com minha mãe.

Considerações finais

A análise comparativa das duas narrativas, cada uma das quais com seu próprio sistema de significados; de um lado, aquela produzida pela atividade legislativa e administrativa que origina a construção e implementação dos arranjos institucionais que compõem a Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena, e, de outro, aquela representada pela experiência concreta de membros da comunidade Puyanawa aqui refletida pelo relato de campo com base na metodologia de observação participante; revela paradoxos reveladores que contribuem para a relativização e resignificação de doutrinas e conceitos jurídicos cujos significados por vezes se mostram menos controversos quando a perspectiva das comunidades indígenas é desconsiderada.

Em primeiro lugar, revelam uma grande distância dos universos de significado associada ao fato de que os princípios e as políticas públicas de saúde indígena estruturam-se predominantemente de cima para baixo, isto é, da autoridade e do seu saber superior para o cidadão e seu saber inferior. Neste sentido, apesar de algum êxito das experiências das Conferências Nacionais de Saúde Indígena, o ideal de participação da comunidade na oferta e no controle social dos serviços públicos de saúde previsto no inciso III do art. 198 da CF88 e no art. 24 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas ainda permanece muito distante da realidade apresentada pelos indígenas consultados neste trabalho.

Além disso, esta análise permite identificar tendências de vinculação do discurso jurídico-normativo dos arranjos institucionais a sistemas de pensamento importados dos grandes centros produtores do saber na Europa e nos EUA, perpetuando distorções valorativas e interpretativas que aprofundam antagonismos entre as necessidades reais das comunidades e a prática dos agentes públicos e privados competentes para decidir e alocar recursos na implementação da política de saúde indígena.

Dois desses sistemas identificados nas atividades de campo incluem a lógica escolástica de São Tomás de Aquino e a doutrina social da igreja católica. A primeira estrutura a construção do conhecimento a partir de uma prática de dissensos infinitos só passível de ser superada por meio da manifestação da autoridade competente para revelar a “verdade dos fatos” e a “justiça dos homens”, independentemente da robustez dos consensos científicos que com ela possa vir a disputar essa noção de “verdade” e de “justiça”. Herdeira do pensamento jurídico gestado em Coimbra, esta lógica segue orientando as normas admitidas de comportamento dos agentes públicos até hoje, justificando desigualdades de difícil legitimação como as reveladas pelos relatos de campo.

A segunda, também muito influente entre os agentes públicos e privados com funções decisórias nos arranjos da política pública aqui discutida, é a lógica da doutrina social da igreja católica, calcada em princípios morais como o da destinação universal dos bens, da busca do bem comum, da preferência pelos pobres e da solidariedade em prejuízo da busca pela maximização da eficiência e da livre iniciativa. Atuando em convergência com princípios constitucionais como o da imutabilidade do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF88) este sistema acaba contribuindo para a perpetuação das desigualdades entre cidadãos e autoridades públicas sempre que iniciativas destinadas à busca da eficiência administrativa e orçamentária é confundida com conceitos supostamente incompatíveis com esse sistema valorativo como o de “terceirização”, “busca desenfreada pelo lucro”, “apropriação privada de recursos públicos”, dentre outros.

Diante da influência de sistemas de pensamento como os supra-mencionados, a atividade interpretativa orientada para atribuir significado para os arranjos institucionais que estruturam a Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena acabam por perpetuar uma opacidade das práticas e das instituições que normatizam o comportamento dos agentes públicos e privados competentes para prover os serviços públicos que dão forma à efetivação do direito à saúde das co-

comunidades indígenas. Na prática, ocultam a convivência conflitiva entre sistemas de valoração de cidadãos e autoridades que contribuem para a naturalização de injustiças a partir da crença difundida de que na impossibilidade de alterar direitos adquiridos, a ação legítima dos atores a cargo de conferir significado às normas que estruturam as políticas de efetivação do direito à saúde consiste em esperar indefinidamente pelo surgimento das condições que viabilizarão a conquista de novos direitos para os excluídos destes direitos, invariavelmente, nas nossas observações, usuários do subsistema de saúde indígena, perpetuando a situação amplamente documentada na literatura de sua inefetividade.

Referências

ALTINI, E. et al. **A política de atenção à saúde indígena no Brasil: breve recuperação histórica sobre a política de assistência à saúde nas comunidades indígenas.** CIMI - Conselho Indigenista Missionário. Brasília. 2013.

KANT DE LIMA, R. **A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. Cidadania e violência**, v. 2, 1996.

_____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico 2009**, v. 2, p. 25-51, 2010. Disponível em: < http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202009_II%20Dez%202010/Sensibilidade%20Jur%C3%ADdicas.pdf >. Acesso em: 11 de outubro de 2016.

UNGER, R. M. **Knowledge and politics.** Simon and Schuster, 1976. ISBN 0029328705.

_____. Legal analysis as institutional imagination. **The Modern Law Review**, v. 59, n. 1, p. 1-23, 1996. ISSN 1468-2230.

VIII

A falência do pacto social e a judicialização da saúde: a tensão entre a reserva do possível e o mínimo existencial

*Sabrina Cassol*¹

*Fabiana David Carles*²

Considerações iniciais

O atual cotidiano brasileiro de descrédito a gerência do Estado é algo evidente e reiteradamente discutido na sua trajetória histórica. Os problemas de legitimidade foram introduzidos desde sua criação, quando da chegada dos portugueses que enraizaram suas facetas patrimonialistas e patriarcalistas na estrutura de poder. Esse viés de benefícios e privilégios a classe mais alta dos estamentos viciou o pacto social entregando a gerência da máquina estatal a pessoas ligadas a coroa de forma a firmar os intentos de poucos. E assim, iniciou um ciclo vicioso, no qual a transparência e a eficiência almejadas dão espaço a privilégios, fraudes, escândalos e serviços sociais mal prestados como é o caso da saúde.

Nesse interim, a omissão na prestação de direitos que garantam a vida, pelo desrespeito aos princípios finalísticos da Universalidade, Equi-

¹ Professora do Curso de Direito, na Universidade Federal do Acre - UFAC, ministrando as disciplinas de Direitos da Dignidade Humana, Direito Civil II - Obrigações, Direito Civil IV - Contratos em Espécie. Mestre-bolsista CAPES em Direito pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. Diretora da ABA de Cruzeiro do Sul - AC.

² Professora do Curso de Direito, na Universidade Federal do Acre - UFAC, ministrando as disciplinas de Filosofia do Direito e Direito Processual Civil. Doutora em Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM (2011). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP - UNIVEM (2009).

dade e Integralidade, os quais sustentam o Sistema Único de Saúde evidência a total afronta a saúde pública brasileira e, seu desrespeito aos direitos humanos, dispostos no ordenamento jurídico nacional por meio dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido discutir-se-á o “princípio da reserva do possível” e, sua dicotomia com o princípio da dignidade humana, pautado no mínimo existencial. Toda discussão permeia-se no sentido de averiguar a obrigação estatal de dispor do serviço da saúde, uma vez que se trata de direito fundamental e inalienável à vida, o que obriga o aparato estatal juntamente com os entes administrativos, desenvolver políticas que garantam o alcance efetivo ao mesmo, motivo pelo qual o Sistema Único de Saúde, como componente da Seguridade Social no âmbito da Constituição Federal, no qual, criou um sistema protecional que abarca a saúde, a assistência social e a previdência social.

O artigo 200 da Constituição Federal atribui ao SUS, ações ligadas à saúde pública, as quais devem ser aplicadas com auxílio nas esferas do saneamento básico e proteção ao meio ambiente. Contudo, essas ações não conseguem ser efetivas e eficientes diante do quadro organizacional brasileiro criando um cenário de descrédito nessa estrutura, que fica mais evidente frente a falta de estruturas, equipamentos, medicamentos e preparo médico-hospitalares nas unidades prestadoras, o que resulta no crescimento de litígios judiciais que almejam a concretização de seu direito constitucionalmente previstos.

Para se eximir de suas responsabilidades acerca dos direitos sociais, o Estado declara sua falência gerencial, quando alega uma escassez de recursos para prestá-los a todos os cidadãos. O Estado, então, se confessa incapaz de assegurar o direito à saúde de forma universal, integral e com equidade, utilizando-se de bases teóricas firmadas na reserva do possível. A partir desse contexto, iniciou um processo de lutas judiciais entre os cidadãos e o Estado para discutir esse impasse administrativo, causando crise de legitimidade na divisão entre os poderes, visto que o Executivo alega que o Judiciário interfere diretamente em seu poder de gestão de

seus recursos, sem contudo, toma as devidas cautelas de respeitar os orçamentos previstos. Já o órgão julgador se defende contrapondo o argumento de que deve atuar de forma a cumprir com seu papel, o da efetivação de garantias constitucionais.

Ocorre que o processo de judicialização tomou uma proporção no qual nenhum dos poderes esperavam, obrigando ambos a discutirem os impactos econômicos gerados e se o acesso de forma singular e individual a saúde atende equitativamente a coletividade.

Portanto, de uma forma geral, é sabido que o direito à saúde é dever do Estado, ligado diretamente a fundamentabilidade da vida, motivo pelo qual demonstra sua importância e atualidade, tanto é que antigamente não se discutia o dever do estado na garantia desse direito, o Judiciário concedia atendimentos, medicamentos e tratamentos aos cidadãos. Contudo, nos últimos anos vem se criando uma contraposição ao mínimo existencial na jurisprudência nacional e internacional em face a esse novo entendimento traz a tona a reflexão do acesso a um maior número de pessoas em detrimento de decisões singulares e individuais. Logo, o conflito de interesses e de poderes se encontra instalado, o qual merece ser discutido.

1. A fundamentabilidade do direito social à saúde e sua relação com o direito à vida

O ser humano sempre foi um sujeito que nasceu para viver em sociedade e para que essa convivência fosse pacífica, criou-se então as relações de poder, que desde o início foram utilizadas de forma a privilegiar certas pessoas ou grupos. E foi assim que o poder passou a ser usado como instrumento de implementação de privilégios a poucos em detrimento de muitos.

Os Direitos Humanos são exemplo claro de luta de classes contra esse abuso de poder perpetuado naquela época. E esse foi o contexto perpassado pelo ser humano até os dias atuais, o qual foi cercado por

guerras, batalhas e lutas pelo uso e gozo do poder, sem contudo, hesitar na destruição que essa disputa resultaria. Tanto é que, somente com o passar do tempo, isto é, de forma gradual, que se verificou que era necessário garantir o mínimo de dignidade a qualquer ser humano. Tanto é que as atrocidades das duas guerras culminaram no surgimento da proteção da dignidade humana.

O sentimento de empatia no pós Segunda Guerra Mundial criou um esforço conjunto para que os direitos inerentes à pessoa humana e ao desenvolvimento fossem reconhecidos. Logo, foram com os horrores da Guerra que mais de 190 países se reuniram visando o estabelecimento da paz entre as nações. Nesse momento, criou-se a Organização das Nações Unidas fundada a partir da Carta das Nações, a qual dispôs:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. (ONU, 2017)

Ramos (2013) enalteci que os Direitos Humanos foram construídos em ideias iluministas alicerçados na liberdade, igualdade e fraternidade, lema esse adotado pela revolução burguesa francesa, tornando o ser humano sujeito a direitos indispensáveis a qualquer pessoa, pelo simples fato de existir. Direitos universais que no âmbito de nação passam a se denominados direitos fundamentais em face a sua imprescindibilidade que varia de acordo com o contexto social e com as demandas de cada povo, nação e tempo.

Logo Hunt (2009) preceitua que os direitos consagrados na Revolução Francesa são inerentes a todas as pessoas humanas, com origem teórica, sociológica e filosófica no Jusnaturalismo e no Contratualismo,

uma vez que são caracterizados como naturais e antecipatórios à condição humana, de forma a resguardar os valores que a humanidade compartilha (direito à vida, liberdade, dignidade, etc.). Juntamente a tudo isso, o Contratualismo se mostra quando Estados Nacionais criaram uma entidade/organização internacional, denominada ONU, a qual visa a implementação da manutenção da paz e dos direitos mínimos da pessoa humana, isto é, um contrato universal que visa garantir a segurança jurídica da concretização desses direitos, com poder de fiscalização e sanção aos participantes que afrontam as prerrogativas garantidas.

Dentre esses direitos, abordar-se-á o direito social à saúde, que na concepção de Ramos (2013, p. 59) “consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade [...] para assegurar *condições materiais mínimas de sobrevivência*.” E o mesmo autor ainda detalha que a inclusão dos direitos de igualdade foram incluídos constitucionalmente no contexto brasileiro foi na

[...] a Constituição de 1934 é o marco inicial da introdução dos direitos sociais, porém estes foram incluídos no capítulo da “ordem econômica e social”. Já a Constituição de 1988 tem um capítulo específico (“Direitos Sociais”, arts. 6º ao 11) no Título II (“Direitos e Garantias Fundamentais”) e ainda consagrou o princípio da não exaustividade dos direitos sociais, o que permite extrair novos direitos sociais decorrentes do regime e princípios, bem como dos tratados celebrados pelo Brasil (art. 5º, § 2º). (2013, p. 59)

Logo, fica evidenciado que o “conteúdo dos *direitos sociais é essencialmente prestacional*, exigindo-se ação do Estado e da sociedade para superar desigualdades fáticas e situação material ofensiva à dignidade.” (RAMOS, 2013, p.59).

Por conseguinte frisa-se que esses serviços estatais são de obrigação estatal, vez que estão diretamente ligados a fundamentabilidade da vida do ser humano. É o que o art. 5, *caput*, da CF/88 que predispõe a “inviolabilidade do direito à vida”. Tanto é verdade que divide-se a proteção à vida em duas dimensões: a vertical e a horizontal. Enquanto a primeira

refere-se à tarefa de proteção da vida em todas as suas fases, a segunda recai sobre a qualidade de vida lograda, o que agrega o direito a vida ao da saúde, pois o intento da dimensão horizontal “resulta na proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo meio ambiente equilibrado, para assegurar o *direito à vida digna*.” (RAMOS, 2013, p. 458).

Sobre o contexto mencionado, Figueiredo (2007, p. 222 - 223) afirma que

A fundamentalidade do direito à saúde está calcada, em termos materiais, na relevância da saúde como condição fática essencial para a manutenção da vida humana e fruição, pelo indivíduo, dos demais direitos, fundamentais ou não.

[...]

[...] a fundamentalidade formal do direito à saúde decorre do regime jurídico de proteção reforçada que lhe foi outorgado pelo texto constitucional, abrangendo: (a) a superior hierarquia axiológica de que gozam os direitos fundamentais, entre os quais está a saúde, uma vez que refletem a opção constitucional por uma certa e determinada ordem de valores, vigentes e acordados pela sociedade em certo momento; (b) a especial salvaguarda do direito à saúde na hipótese de reforma constitucional, que se dá pela exigência de um procedimento legislativo agravado e complexo para a modificação dos dispositivos constitucionais que o consagram (limites formais), assim como pela salvaguarda do próprio conteúdo dessas normas, notadamente por traduzirem decisões fundamentais do constituinte originário (limites materiais); (c) a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram e densificam o direito à saúde, numa interpretação conjugada das cláusulas insertas nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, não há como não garantir a imprescindibilidade do direito à vida sem salvaguardar o direito à saúde, pois somente assim a dignidade estará cristalizada. Assim, dispensa-se maiores discussões sobre a fundamentabilidade do direito à saúde, fato esse que garante a sua plena eficácia e, não obstante, direta aplicabilidade.

2. O SUS e os princípios finalísticos da universalidade, equidade e integralidade

Como mencionado acima, o direito à saúde, é um direito humano, logo, revestido da característica universal, o qual busca como bem descreve o artigo da Constituição Federal repassar o dever prestacional ao Estado de o garantir de forma igualitária e integral a todos deus cidadãos.

O Sistema Único de Saúde, tornou-se o maior exemplo de **“Política de Estado”**, como bem citado acima, determinando a imprescindibilidade desse serviço como forma de garantir à cidadania. Assegurar esse direito a sociedade evidencia uma ordem jurídica interventora por parte do Estado, mais precisamente - um Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), de forma a exigir a prestação de serviços sociais positivos, consagrando o ideário de igualdade. (Teixeira, 2011)

Tanto é que Ramos (2013, p. 612) consagra que o seu funcionamento efetivo só se concretiza quando abranja a todos de uma forma universal.

A prestação do serviço de saúde no Brasil deve obedecer, então, aos seguintes princípios cardeais: (i) alcance universal, não podendo ninguém ser excluído; (ii) igualitária, não sendo permitida a discriminação de qualquer tipo, o que impede a diferenciação entre aqueles que podem pagar e os que não podem; (iii) integral, não podendo ter limite de atendimento que prejudique a saúde; (iv) equitativa, com investimentos em todos os campos necessários; (v) aberta à participação da comunidade; (vi) descentralizada para os Municípios; (vii) gratuita e em geral estatal; e (viii) colaborar com a preservação do meio ambiente e dos direitos dos trabalhadores. Ademais, o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Portanto o sistema foi criado de forma a adequar a exigência social diante de seus princípios finalísticos e estratégicos. Enquanto os primeiros estão ligados à busca de ideais como os citados acima. Os segundos relacionam-se quanto a sua estruturação e implementação na prática para a efetivação dos finalísticos, que fora perfectibilizada na Regionalização, Descentralização, Hierarquização e Participação Social.

O que deve-se perceber ainda que o Brasil em face a sua grande escala territorial, essas políticas de Estado demandam estudo aprofundados quanto as diferenças sociais, culturais e regionais de suas unidades federativas. Apesar da gratuidade dos serviços, é sabido que, as regiões periféricas possuem um baixíssimo desenvolvimento econômico, o que acaba criando entraves quanto ao acesso básico à saúde, seja pela precariedade das unidades ou pela dificuldade de implantação em locais para a disponibilidade de tais serviços, como é o caso da região norte.

No Acre, a saúde se encontra em uma situação muito parecida com o restante do país, contudo enfrenta maiores problemas em face a sua localização, o que dificulta ainda mais a alocação de recursos, melhoramento na qualidade do serviço, a disponibilidade efetiva de medicamentos e estruturas condizentes com as necessidades da população.

A Equidade significa, antes de tudo, tratar os desiguais de forma desigual. Esse pressuposto reconhece que há hipóteses se poderá aplicar esse direito de forma discrepante como forma de tentar não criar mais injustiças que já existem frente a desigualdade vivida. Teixeira (2011, p. 05) dispõe que esse sistema equitativo pode contribuir para a superação dessas desigualdades, caso comprometa-se a redistribuir as ofertas de ações e serviços, de forma priorizada, isto é, destinando-os aos grupos sociais mais vulneráveis.

Pelo exposto, percebe-se que o princípio da equidade diz respeito a duas dimensões do processo de reforma do sistema de saúde. De um lado, a reorientação do fluxo de investimentos para o desenvolvimento dos serviços nas várias regiões, estados e municípios, e, de outro, a reorientação das ações a serem realizadas, de acordo com o perfil de necessidades e problemas da população usuária. Nesse último sentido, a busca de equidade se articula, dinamicamente com outro princípio finalístico do SUS, qual seja, a **integralidade** do cuidado à saúde.

Ademais a integralidade está diretamente ligada à sistematização de condições que assegurem um sistema público de qualidade. Para tanto, torna-se necessário a contratação de pessoal capacitado, estrutura ade-

quada das unidades, disponibilidade de medicamentos, tratamentos e aparelhos, de forma a garanti uma harmonia com serviços referentes à vigilância ambiental e epidemiológica. Logo, como Teixeira (2011, p. 5) o serviço aplicado em consonância é “um atributo do modelo de atenção, entendendo-se que um “modelo de atenção integral à saúde” contempla o conjunto de ações de promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação”.

Contudo, deve-se menciona que os princípios ora mencionados precisam se aplicados de forma conjunta, para que os resultados pretendidos sejam alcançados, no que concerne à busca de um funcionamento adequado da rede pública de saúde. Assim, a descentralização aloca os recursos nas esferas municipais e estaduais; a regionalização circunda a unidade territorial de forma a organizar os serviços; e a hierarquização organiza a teia de complexidades entre as unidades; e a integração torna capaz de realizar as ações que se perfazem em todas as esferas da vida em sociedade, almejando e implementando a busca por uma melhor qualidade de vida da população. Por isso, tais princípios devem e foram criados de forma associada, visando resultados articulados e positivos para a composição do Sistema Único de Saúde.

3. A eterna incoexão entre a reserva do possível e o mínimo existencial

O presente trabalho discuti os contornos doutrinários e jurisprudenciais que circundam à prestação do direito à saúde, conjuntamente com o fornecimento de medicamentos que não se encontram na lista fornecida pelo Sistema Único de Saúde. Para tanto é importante ressaltar as alterações de paradigmas frente as recentes decisões judiciais que versam sobre o tema.

Primeiramente, para tanto, torna-se necessário demonstrar de forma sucinta os aspectos gerais dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. De forma a garantir uma coerência textual sobre a temática.

Nesse sentido, de forma sucinta o princípio da reserva do possível se constitui:

Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. (SILVA, Leny Pereira da; 2009, p. 26)

A partir de 2013 a Corte Superior Brasileira, o STF, decidiu sobre a temática pondo fim a brigas judiciais quanto ao poder de intervenção do Poder Judiciário no tocante ao orçamento do Poder Executivo, decidiu que com ponderação e real essencialidade caberia sim esse tipo de interferência:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 1ª turma, RE-AgR 642536, Ministro LUIZ FUX, Data: 5.2.2013)

Logo, o ponto central está no princípio da legalidade orçamentária, que respeita o princípio de limitação do poder do Estado e, por isso, a legalidade orçamentária jamais pode ser confundida com a administrativa. O orçamento é criado respeitando as leis que autorizam as despesas públicas, que passam a ser efetivadas respeitando as leis administrativas. (TORRES, 2000).

Logo, não se pode olvidar tanto a necessidade como a possibilidade da utilização da reserva do possível, uma vez que fatidicamente há escassez de recursos, o que alicerça o impedimento de sua realização. Contudo, importante ressaltar que cabe “esclarecer que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador”. (CALIENDO, 2010, p. 180).

Em contraposição a esses argumentos acima referidos o Ministro Celso de Mello em decisão proferida, menciona a proibição quanto ao direito do retrocesso nesse contexto, referindo que:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (STF, ADI nº 3.105-8, Relator: Ministro Cezar Peluso, Data: 18/08/2004).

Dessa forma, não há que discutir quanto a concretização dos direitos prestacionais em face a sua fundamentabilidade, devendo por parte do Estado construir meios que os satisfaçam em face a evolução societal, a qual não aceitaria nada menos de tudo aquilo que já fora alcançado e conquistado. (OLIVEIRA, 2008)

Contudo, para alguns autores como Oliveira (2008) o princípio da reserva do possível diante das condições financeiras do Estado e da sua própria Administração Pública tem o direito de determinar algumas alterações atinentes à manutenção dos direitos fundamentais, os quais

não implicariam no retrocesso inconstitucional, uma vez que as impossibilidades do Estado alteram os limites de suas possibilidades.

Frente a esse contexto, o planejamento dos gastos públicos pela Administração Pública deve estar permeado, de modo que haja um controle mais efetivo e transparente das contas públicas, de forma que sua aplicação de recursos siga um ditame mais justo e equilibrado, empregando uma distribuição coesa de verbas e de gastos devidamente sobrepostos a responsabilidade da gestão fiscal. E nesse íterim que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual) evidenciam a sua relevância e imprescindibilidade. (VIEIRA & OLIVEIRA, 2014)

Já Sarlet (2009) enuncia que aos direitos sociais prestacionais foi concedida de forma cogente prestações fáticas e jurídicas, em face a proteção da pessoa e da sua própria dignidade diante das necessidades de ordem material, constatando dessa forma a base que alicerça os direitos fundamentais a um mínimo existencial, quando determina ao Estado o dever prestacional, almejando a certificação dos direitos mais básicos como o da vida, de forma equilibrada e digna. Logo, o termo mínimo existencial não se ajusta apenas com o conceito de mínimo vital, indispensável a garantia da sobrevivência do indivíduo.

O argumento que contrapõe a reserva do possível está centrado na dignidade humana pautando na teoria do mínimo existencial a busca pela solução das desigualdades, de forma a proporcionar a equidade e a dignidade para os sujeitos enquanto seres humanos que convivem em sociedade.

Nessa concepção, o próprio Ministro Marco Aurélio (2017), quando da elaboração de seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, que estava centrado na discussão da concessão ou não pelo Estado de medicamentos de alto custo, proferiu decisão no sentido de que ao haver omissão por parte do Estado em proporcionar políticas públicas que garantam ao cidadão o acesso ao medicamento, existe embasamento satisfatório para que o poder jurisdicional conceda a garantia do mínimo existencial, ao qual irá se sobrepor a qualquer argumento da reserva do possível.

No mesmo sentido do Ministro Marco Aurélio, Figueiredo e Sarlet (2010) afirmam que a não satisfação do mínimo existencial resulta na relativização da dignidade da pessoa humana, uma vez que o orçamento estatal passa a ser tido como o seu limitador. Logo, o princípio e fundamento norteador da República Federativa do Brasil se torna uma escolha diante da organização orçamentária, isto é, do desígnio do Estado em concretizá-lo ou não, segundo seus desmandos.

Portanto, o mínimo existencial é compreendido como um direito fundamental devendo, portanto, seu objeto e seu conteúdo estarem em harmonia com uma interpretação constitucionalmente humanista, no que tange ao direito à vida bem como ao direito da dignidade pessoa humana, em face a sua posição normativa piramidal de preferência e fundamentabilidade.

Nesse tocante, o mínimo existencial deve ser compreendido como um conjunto de prestações materiais imprescindíveis à garantia de uma vida digna para os sujeitos em sociedade, principalmente na seara da saúde, uma vez que está definitivamente ligado a definição de vida saudável.

Logo, o direito à saúde, por fazer parte dos direitos sociais, garante a essencialidade de um mínimo existencial, o que lhe proporciona o dever de consagração por parte do Estado, não podendo ser reduzido a mera materialização do que é possível ao olhar da Administração Pública.

4. A judicialização do direito à saúde na sociedade brasileira: é o caminho da (in) justiça?

Como abordado a judicialização das demandas ligadas ao direito à saúde não tem fim, a briga quanto o dever jurisdicional em obrigar o Poder Executivo a cumprir com a promoção das demandas ajuizadas – firmada na doutrina e na jurisprudência vem crescendo o que fez com que gestores, juristas e julgadores passassem a discutir a temática vislumbrando um final mais acertado menos injusto.

Deve-se mencionar que as decisões judiciais vêm sendo modificadas a cada ano que passa, reformulando teses doutrinárias e jurisprudenciais nesse ramo.

Quando se defende a corrente transcendentalista os escritos teóricos de Robert Alexy passam a ser referência na fundamentação das demandas judiciais que almejavam tutelar os direitos, especialmente aqueles intrínsecos à saúde, evidenciando como a única alternativa satisfatória na promoção de um direito previsto na Constituição Federal como fundamental. Em contraposição, a corrente utilitarista rechaça essa “solução”, tendo como argumento a aplicação dos direitos de forma que alcançasse o maior número de pessoas possíveis.

Por anos e anos essa questão da judicialização da saúde ficou estagnada no sentido das decisões serem pautadas no dever positivo de assegurar os direitos fundamentais de forma jurisdicional. Porém, a presente disputa criada em volta desse assunto trocou de pauta com publicação do Recurso Especial nº 1.657.156, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando sobrestou todos processos que versassem sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado, suspendendo todos até o julgamento final.

Analisando a referida decisão, a mesma criou uma nova atitude judicial, vindo na contramão da judicialização da saúde, respaldada pelos ministros do Superior Tribunal Federal (STF).

Nessa concepção, Barroso explica que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu âmbito a conquista de força normativa e efetividade, que ocasionou um novo viés às normas constitucionais, retirando o caráter meramente político do texto, uma vez que a mesma era concebida apenas como “mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais”. (BARROSO, 2009, p. 35).

Assim, a jurisprudências passou a entender que a concessão dos direitos sociais deveria ser realizada pelo Poder Judiciário quando houvesse omissão do Executivo em face a previsão constitucional, passando a deci-

dir que diversos direitos passaram a ser tidos como subjetivos plenos – tomando-os concretizáveis a qualquer preço, mesmo que de forma contrária a separação dos poderes previamente constituídos. (BARROSO, 2009)

Contudo, para Barroso (2009) iniciou-se um alerta sobre o possível esgotamento do sistema, leia-se Estado, visto que as decisões extravagantes estão cada vez mais emocionais e não técnicas, o que acabando onerando por demais a disponibilidade financeira estatal, somando a inexistência de critérios objetivos para construir um parâmetro para aplicação dessas decisões quanto aos recursos financeiros e quais órgãos responsáveis pelo pagamento.

Nesse interim, Barroso (2009, p. 35) refere que o “sistema (...) começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”.

Essa alteração de paradigma já tinha sido iniciado quando Sarlet (2017), em parecer sobre a saúde, demonstrou alteração dos fundamentos nas decisões da corte alemã quanto a essa temática, tornando-as totalmente dissonante das decisões dos tribunais pátrios. Nesse diapasão:

O que chama atenção, contudo, é que diferentemente da Alemanha, onde o TFC – nas decisões (atual e pretérita) referidas – impõe exegese restritiva à exceções, no Brasil o caminho tem sido o oposto, pois as “exceções” se multiplicaram, sem que, para além da distinção entre medicamentos novos e experimentais, outros critérios sejam utilizados além do mínimo existencial e a proibição de proteção insuficiente, eventualmente do risco de vida. Muito embora a exceção ainda não se tenha transformado em regra, o número de casos tidos como excepcionais e o impacto das respectivas decisões sobre o sistema de saúde e o orçamento público, seguem sendo motivo de reflexão, em especial quanto aos critérios invocados para justificar a sua imposição ao poder público e mesmo aos planos de saúde privados, quando não pactuados e se tratando de medicamentos ou outras prestações que sequer constam no catálogo do SUS.

O trecho do parecer acima exara o esgotamento dessa prática de judicialização frente a preocupação dos estudiosos quando o Poder

Judiciário ingressa numa esfera em que não tem o condão e muito menos o estudo necessário para alterar recursos orçamentários.

Por isso, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto fundamentou novo entendimento no sentido de respeito aos critérios atuais aplicados, quando da análise das demandas que visem a satisfação do direito à saúde. Entretanto, não retira da esfera judicial a decisão de situações excepcionais, os quais caberá apenas ao Judiciário proferir decisão sobre a existência ou não dos direitos constantes nas demandas.

É nesse contexto que Sarlet (2017), ao expor o seu parecer já anteriormente citado, preceituou em uma audiência pública sobre a judicialização da saúde que precisa-se adotar parâmetros objetivos capazes de estabilizar a intervenção do Judiciário, entregando ao mesmo apenas casos excepcionais, principalmente quando o direito demandado for a saúde. Nesse diapasão o nobre jurista afirmou que:

[...] se o Supremo avançar com súmulas vinculantes e com decisões vinculantes nessa seara, o que se espera e pode ser produtivo, se estiver em caráter geral de coordenação, também se espera que o Supremo não feche as portas para o exame responsável do caso, das distinções do caso concreto. Este diálogo é necessário e efeitos colaterais que realmente acontecem, com alguns abusos e excesso de decisões judiciais, são efeitos colaterais, como também temos efeitos colaterais da política, do desmando administrativo; são efeitos colaterais que o sistema deve produtivamente minimizar, mas com os quais deve conviver. A solução melhor não é afastar os tribunais do direito à saúde.

Importante portanto, ressaltar que o presente trabalho não pretende fazer uma crítica da atual situação pelo simples fato de criticar a judicialização da saúde. O que se almeja é trazer contribuições da problemática, demonstrando os apontamentos ocorridos até o presente momento, evidenciando algumas trocas de paradigma, principalmente sobre as novas decisões judiciais, apontando os novos critérios de atuação do Judiciário, ratificando o entendimento de que o sistema atual vivido não conseguirá se sustentar por muito tempo, pois a debilidade

financeira dos recursos públicos irá se esvaír, não sendo passível de determinação e execução em longo prazo.

Considerações finais

O presente estudo buscou discutir sobre a ocorrência da judicialização do direito à saúde, principalmente no tocante a efetivação dos direitos fundamentais no que tange ao atual quadro social brasileiro, demonstrando que o sistema de garantias vem sendo efetivado pelo Poder Judiciário, por meio da judicialização, principalmente no que tange o direito à saúde

Frente a total falência do Estado passou-se a enxergar algumas dicotomias na judicialização adotada no sistema brasileiro principalmente em sua operacionalização, o que criou um preocupante cenário em face aos reflexos que tais decisões resultam na coletividade, principalmente frente a debilidade orçamentária e financeira institucional.

Por isso, a nova ótica visa a definição de critérios específicos para que estabeleçam quais serão as exceções em que o Judiciário poderá analisar, julgar e obrigar o Poder Executivo a cumprir com seu papel garantidor, operacionalizando um modo equitativo de efetivação desses direitos.

Esse contexto passou a ser utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão, pois houve uma alteração de paradigmas na mentalidade dos operadores e cientistas do direito. O primeiro entendimento refere-se à não concessão de soluções imediatas e genéricas pelo julgador, quando da omissão ou ineficácia das políticas pública no Brasil; enquanto o segundo segue o entendimento de desafogar o Judiciário das demandas que não obedecem aos critérios de exceção que devem ser criados, uma vez que não cabe ao mesmo resolver toda e qualquer situação de omissão ou incompetência do administrador.

Aqui não se pretende aponta qual a vertente é mais justa e merece maior respaldo. O que se deve ater é que o panorama atual está caótico e os direitos fundamentais não estão sendo concretizados da forma consti-

tucionalmente prevista e esse ciclo está se agravando dia após dia, criando batalhas quanto a divisão de poderes e suas competências, gerando maiores desigualdades não previstas.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 566.471.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8, Relator: Ministro Cezar Peluso,** Data: 18/08/2004. Brasília.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial - Agr 642536, Ministro LUIZ FUX,** Data: 5.2.2013) Brasília.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível direitos fundamentais e tributação. **In: Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”.** Org. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- FIGUEIREDO; Mariana Filchtiner. **Direito fundamnetal à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- OLIVEIRA, Márcio. Saúde possível e a judicialização excepcional: a efetivação do direito fundamental à saúde e a necessária racionalização. 2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dissertao_de_Mestrado_Prof_Mrcio_Dias_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

PARECER. Ingo Wolfgang Sarlet. Audiência Pública sobre saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em 10 ago 2017.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SARLET; Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Leny. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

TEIXEIRA, Carmem. **Os princípios do Sistema Único de Saúde**. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia. Junho de 2011. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33530869/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1503673029&Signature=Be1ksK8cNd6ij9KsMhSWcj31Sw%03D&response-content-disposition=inline%03B%20filename%03DOS_PRINCIPIOS_DO_SISTEMA_UNICO_DE_SAUDE.pdf Acesso em: 24 de Agosto de 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição**. 5. vol. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VIEIRA, Iracema; OLIVEIRA, Frederico. Escolhas Trágicas, Mínimo Existencial e Direito Fundamental à Saúde. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9137d1abcaf9bf4f>>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

IX

Somos o que podemos ter: o império do consumo e as consequências sobre a saúde

*Álvaro da Costa Paranhos Teixeira*¹

Considerações iniciais

O consumismo não é apenas um fenômeno social, mas também psicológico. A era industrial e a expansão dos mercados conduziram os empresários a terem avidez na propagação de seus produtos e marcas, devido à livre concorrência estabelecida pela competição de mercado. Através da globalização, os veículos midiáticos acrescentaram uma facilidade à disseminação das campanhas de publicidade e marketing, levando o conteúdo aos lugares mais longínquos do mundo. Esse fato, por si só, não é pesaroso, pois a expansão tecnológica trouxe benefícios que todos reconhecem, como a facilidade de ter informações e notícias mundiais sem sequer sair de casa. Porém, concomitantemente a essa expansão, constata-se a disseminação de luxos e extravagâncias que distorcem os paradigmas das necessidades sociais, impondo a obrigação de se consumir cada vez mais, para ter uma vida dentro dos parâmetros estabelecidos.

Muitas pessoas diagnosticadas com ansiedade, depressão, angústia exagerada e crises existenciais, apresentam uma peculiaridade em comum. Esses complexos são desenvolvidos, também, graças a endividamentos e pela sensação de insuficiência frente ao consumo, esse

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ); Aluno do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Advogado; alt.paranhos@gmail.com

que é percebido em todos os lugares e ambientes da vida moderna. O consumismo, que é considerado um fenômeno global, é justificado também como uma forma de compensar o estresse ou reparar a falta de algum afago sentimental. A tendência à busca inalcançável da felicidade eterna é um fato conector das necessidades humanas ao consumismo exacerbado. Muitas campanhas de marketing propagam os seus produtos como sendo a chave da satisfação imediata, pois por detrás do “mundo perfeito” através do produto adquirido, há uma necessidade latente de vender cada vez mais e, em um mundo onde a felicidade virou produto, a satisfação imediata tende a ser o remédio.

O prazer na contemporaneidade está vinculado, em diversos aspectos, aos bens materiais, os quais, muitas vezes, sequer são usufruídos na sua totalidade. O ato de comprar tornou-se uma compulsão, um fenômeno de afirmação, pois associa-se a felicidade ao poder de adquirir, seja pela campanha propagada pela mídia, seja pela embalagem que chama a atenção. O “ter” tornou-se a nova religião; somos guiados pelas necessidades de alimentar o sistema capitalista. Além do distanciamento que a proliferação da tecnologia trouxe às nossas vidas, tais desencadeiam situações que há alguns anos não eram imaginadas. Basta o acesso a alguma rede social da atualidade, através de qualquer mídia tecnológica, para termos a noção de que nada temos.

Em todo o tempo (e a intervalos cada vez menores) temos contato com novos produtos, novas gerações de softwares e de hardwares são lançados, e isso não é pesaroso, pois é o progresso. O grande problema é a forma como isso é vendido e o valor atribuído à sua aquisição. As campanhas publicitárias trazem a percepção de que a atualização tecnológica acontece diariamente e que se as pessoas não consumirem essa tendência tornar-se-ão, assim como os seus aparelhos, obsoletos. A pesada tendência do consumismo moderno é a imperiosa percepção de tudo aquilo que não possuímos e não podemos comprar, e a constante sensação de insuficiência das nossas aquisições, que por mais que tenham sido conquistadas com muita dificuldade hoje, amanhã pouco ou nada valem.

As novas tecnologias, as novas atualizações, acompanhando o mercado consumerista, acabam tonando-se inacessíveis a muitos, pois seguindo o modelo capitalista que tem em sua essência o sistema da mais valia, onde muitos terão que trabalhar incondicionalmente para ter pouco, e poucos trabalharão apenas o suficiente para ter muito. Uma das problemáticas dessa questão é que todos nós temos necessidades, e o mundo do supérfluo e das luxuosidades, acessado até então apenas por quem possuía poder econômico privilegiado, fato que com a globalização, ampliou e difundiu o mercado, oportunizando a percepção daqueles que apenas giravam a engrenagem, conduzindo assim a grande massa a uma sensação de inquietude e insatisfação existencial.

O paradoxo nessa construção do consumismo ocorre nos fatos geradores de desespero, contribuindo para o endividamento por conta daqueles que não possuem condições financeiras para adquirir conforme a imposição midiática. Por outro lado, muitos não possuem a condição de adquirir sequer o mínimo existencial, criando-se, assim, a dicotomia entre consumo/consumismo e as circunstâncias em que são percebidas no contexto social. Além desse fenômeno preocupante, temos que considerar que quando a ilusão da felicidade é ofertada através do consumo, temos um bem difuso que é afetado - tornando essa matéria um interesse público e comum - o meio ambiente sofre os impactos por ambos os lados, pois a extração de matérias primas para dar conta do consumismo exacerbado geralmente não vem acompanhada de políticas de reparação ambiental. De outra banda, é o mesmo meio ambiente que sofre com a destinação residual do descarte elevado, graças também ao império do consumo.

1. Consumo e Consumismo

O consumo é algo inerente à sobrevivência; desde o direcionamento para uma vida urbana e em sociedade, rompeu-se com o âmbito rural que oportunizava a manutenção e o plantio, que por vezes, no mínimo, saciava

as nossas necessidades alimentares. Nesse contexto de urbanização, dentre todas as necessidades humanas, saciamos nossas vontades através do consumo, dos quesitos básicos até os prazeres sociais. Trata-se de ocorrências diárias, tanto no que tange às necessidades de sobrevivência quanto à organização de uma confraternização familiar ou entre amigos. O que define o contrassenso é a medida: “consumir é preciso para viver, mas viver para consumir pode ser uma das maneiras mais eficazes de transformar a vida em uma morte existencial” (SILVA, 2014, pg. 24).

Sendo assim, percebemos que o consumo é algo inerente à vida humana e dificilmente podemos optar por hábitos cotidianos sem a necessidade do consumo. Assim leciona Bauman:

Se reduzida à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. Visto dessa maneira, o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos – e com certeza é parte permanente e integral de todas as formas de vida conhecidas [...]. (BAUMAN, 2008, pg.37).

Conforme o entendimento de Silva (2014) existe dois tipos básicos de consumo: o vinculado às questões básicas existenciais e o ligado às nossas criações imaginárias. O primeiro tipo de consumo é exercido através da saciedade das nossas necessidades humanas mínimas, como alimentar-se, abrigar-se, proteger-se dos predadores e infortúnios naturais, sendo que a base dessa necessidade nos acompanha desde os primórdios. O consumo primário é facilmente saciado quando vamos ao supermercado e, sem muito esforço físico, conseguimos colocar no carrinho os suprimentos necessários para saciar as nossas necessidades biológicas, tais como alimentação, higiene e vestuário. O desprendimento físico e mental não se equipara à grande dificuldade que nossos ancestrais tinham em caçar e construir para poder saciar suas necessidades, as quais hoje, satisfazemos sem desprender mais que 10% do nosso tempo (SILVA, 2014). O consumo das nossas criações imaginárias – consumos

secundários – não tendem a suprir nossas necessidades essenciais, muito pelo contrário. Essa concepção imaginária nos leva a percorrer um caminho de sedução, percurso esse, tortuoso e manipulado pelo consumismo imposto, criando desejos insaciáveis:

Nesse contexto de sobrevivência satisfeita, a busca cerebral se volta para a satisfação de desejos socialmente valorizados dentro de um sistema econômico que visa o ter individual, e não o ser humano como um ser coletivo e comprometido com a espécie como um todo. Nesse contexto, somos impelidos a comprar; caso contrário, nos sentimos como se estivéssemos fora do contexto de beleza, poder e prazer. Somos tomados por uma sensação desagradável de exclusão, de não pertencimento. Ironicamente, quando não compramos coisas que são validadas pelo marketing como necessárias à felicidade, nos sentimos excluídos e até mesmo fracassados e deprimidos. Em casos extremos, o que um indivíduo consome passa a ser sentido como uma demonstração da sua identidade e da sua capacidade frente a seu grupo social. Algo ao estilo: “Sou o que consumo, e o que consumo estampa aos outros o que sou”. Fica claro que vivemos em um mundo que gira em função do consumo secundário, e é essa forma de consumir que abre as portas do consumismo e da sua vertente patológica: o transtorno do comprar compulsivo. (SILVA, 2014, pg.25)

A transição do consumo para o consumismo é uma questão de desenfreamento e distorção das necessidades básicas, pois o insaciável é vendido como condição para estar socialmente inserido, e alimentar a economia de uma sociedade vaidosa e descompromissada, pois há uma autonomia entre a produção e o consumo, uns detêm a força da produção, outros as necessidades básicas e também as necessidades criadas, essas por vezes insaciáveis.

Por toda a história humana, as atividades de consumo ou correlatas (produção, armazenamento, distribuição e remoção de objetos de consumo) têm oferecido um suprimento constante de “matéria prima” a partir da qual a variedade de formas de vida e padrões de relações inter – humanas pôde ser moldada, e de fato o foi, com a ajuda da inventividade cultural conduzida pela imaginação. De maneira mais crucial, como um espaço expansível que se abre entre o ato da produção e do consumo, cada um dos quais adquiriu autonomia em relação ao

outro – de modo que puderam ser regulados, padronizados e operados por conjuntos de instituições mutuamente independentes. Seguindo-se à “revolução paleolítica” que pôs fim ao modo de existência precário dos povos coletores e inaugurou a era dos excedentes e da estocagem, a história poderia ser escrita com base nas maneiras como esse espaço foi colonizado e administrado. Um ponto de ruptura de enormes consequências, que poderíamos argumentar, merecia o nome de “revolução consumista”, ocorreu milênios mais tarde com a passagem do consumo ao consumismo, e quando aquele, como afirma Colin Campbell, tornou-se “especialmente importante, se não central” para a vida da maioria das pessoas, o “verdadeiro propósito da existência”. E quando “nossa capacidade de ‘querer’, ‘desejar’, ‘ansiar por’ e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia” do convívio humano. (BAUMAN, 2008, pg.38)

Essencialmente, há uma diferença substancial entre o consumo e o consumismo. O primeiro está inerentemente vinculado à sobrevivência biológica, contemplando as necessidades humanas. O consumismo, por sua vez, conforme nos ensina Bauman (2008), é um afloramento das necessidades sociais e vitais, resultante da expansão da exploração econômica, através da potencialização das vontades, dos desejos e anseios humanos rotineiros, tornando a busca por desejos insaciáveis a força propulsora do mercado.

2. A construção do “ter”

Somos medidos por aquilo que podemos adquirir. A (des) construção da figura humana perante o consumismo é percebida junto à disseminação da ideologia capitalista do consumo, e sendo assim “Consumir é a forma mais rápida e eficaz de ter e, numa sociedade com abundância produtiva, esses dois verbos (ser e ter) viram sinônimos absolutos” (SILVA, 2014, pg. 9).

Há concepções ideológicas e literárias distintas entre ser e ter. Ser está ligado a uma ideologia de vida, o ser é uma forma identitária, sensação de pertencimento com base na construção do ser humano. O ter está ligado a uma ideia de posse, de materialidade.

SER: possuir identidade, particularidade ou capacidade intrínseca; TER: possuir, ter fortuna, ter méritos. SER e TER são verbos; sendo assim, denotam uma ação, ou seja, um movimento em alguma direção. O ser nos leva à posse não de objetos, pessoas ou coisas, mas de nós mesmos. Reafirma a nossa identidade e molda o caráter com o qual nos relacionamos com o outro no âmbito social e afetivo. O ter, por sua vez, nos conduz à posse material de coisas que acabam por despertar e fomentar o egoísmo e a falta de altruísmo nas relações interpessoais.

Enquanto a sociedade alicerçada no ser prioriza as pessoas, a embasada no ter tem como prioridade coisas que podem ser compradas por valores determinados pelo mercado. Infelizmente, a sociedade em que vivemos tem como senso comum vigente o modo ter de estabelecer suas regras e seus valores. Por essa razão, podemos denominá-la de sociedade consumista ou sociedade de produtos. (SILVA, 2014, pg 12).

Com essa constatação, podemos perceber que a construção do ter se dá pela necessidade da busca contínua de tudo que seja capaz de gerar prazer de forma intensa e imediata (CAMPBELL, 2006). A construção diária do ter é um fenômeno que colabora para o individualismo e está cognitivamente em nosso comportamento diário, sendo que, na maioria das vezes, involuntariamente, seguimos a ditadura do *ter*, sem nos darmos conta disso. Habitualmente atribuímos um preço a tudo, como se todas as relações fossem baseadas no consumo, e todos os nossos desejos possam ser materializados e um produto consumível. Nesse contexto é que o ter afasta-se do ser. Existem coisas que jamais poderão ser adquiridas, pois dependem da subjetividade e da personalidade de cada um – inteligência, sabedoria, autoestima, talento pessoal, respeito e amor, realmente não têm preço (SILVA, 2014).

Parafrazeando um velho conhecido: “Nunca antes, na história da humanidade, os seres humanos tiveram tanto acesso a bens materiais”. Nunca também tivemos tantas pessoas insatisfeitas, ansiosas e compulsivas por comida, drogas, compras, jogos, sexo etc. Onde falhamos? Será que oferecer conforto, farta alimentação e prazer às pessoas é ruim?

Sinceramente, não vejo por esse aspecto; acho que todos merecem e necessitam de certa base material para viver com dignidade. No entanto, a partir do

século XVIII, estabelecemos um sistema econômico que passou a priorizar a produção e o lucro em detrimento da ética e dos valores humanos. *Ter* passou a ser uma necessidade coletiva, que visava alimentar de forma voluptuosa o crescimento do próprio sistema. (SILVA, 2014, pg 13)

Mas consumir guarda em si um efeito colateral inevitável: se, em um primeiro momento, o ato de consumir gera um estado de alegria ou de euforia momentânea, libertando parte de nossa ansiedade, com o tempo nós nos “viciamos” nessa sensação abstrata de prazer e passamos a comprar mais e mais, na tentativa ilusória de criar um estado permanente de satisfação (SILVA, 2014). Nesse sentido, quando seguimos a imposição do consumismo e colaboramos com a distorção das necessidades, compramos mais e mais, e rapidamente perdemos o caráter ansiolítico e prazeroso do ato de consumir. Forma-se, então, o ciclo vicioso compulsivo que aprisiona milhares de pessoas no mundo inteiro e que, de maneira oposta, faz girar a economia com força e, cada vez mais, gerar bens de consumo e o tão almejado lucro. Nosso sistema econômico prioriza até as últimas consequências a produção excessiva e o consumo irresponsável que transforma cada um de nós em esbanjadores inconsequentes, a ponto de considerarmos o desperdício algo normal. (LIPOVETSKY, 2007).

Nesse cenário de excessos, acabamos misturando o *ser* com o *ter* e confundindo nossas próprias relações com relações de consumo. Nossa identidade social é avaliada dentro do mercado pela quantidade e pelo valor dos produtos que consumimos. E quando isso ocorre, deixamos de ser agentes ativos do consumo para nos transformar em “mercadorias” a serem consumidas por outras pessoas (SCHIFFMAN, 2000). A felicidade que é atribuída ao consumo cria falsos estereótipos em que o ser depende obrigatoriamente do ter, conforme ensina Silva:

Como mercadorias, todos querem ser desejados, e, para isso, concentram-se num esforço sem fim para se manter atraentes e vendáveis. Se você acha que estou exagerando, sugiro que vá a um ambiente escolar e pergunte a uma criança o que ela quer ser quando crescer. Observe que as meninas e os meninos tenderão a responder diversos ofícios, mas todos terão em comum o desejo ar-

dente por fama, status e visibilidade. Todos querem ser celebridades, mesmo que “instantâneas”. Na sociedade consumista, o modo ser de existir é desestimulado de todas as maneiras, pois *ser* não demanda consumo nem a obtenção de lucro. Uma pessoa satisfeita com sua aparência, com seu ofício, com seus afetos e seus valores éticos não necessita consumir (de forma abusiva e/ou compulsiva) cosméticos, cirurgias plásticas, namorados e/ou namoradas “da hora” ou títulos de bons cidadãos em instituições de visibilidade social. Numa sociedade como a nossa, aprendemos, desde muito cedo, a paixão pelo *ter*; a competitividade que faz do colega um inimigo em potencial; o egoísmo que leva ao querer *ter* de forma exclusivista; a não partilhar; a não se importar... Enfim, a ser quase nada, mas com uma “embalagem” de ser humano amável, equilibrado, sorridente e muito produtivo. Viver essa dualidade constante entre o *ser* e o *ter*, mesmo que de forma inconsciente, contraria o próprio código genético da espécie humana, pois, como seres sociais, somos totalmente dependentes das nossas relações interpessoais para nos desenvolvermos como indivíduos e como espécie. (SILVA, 2014, pg. 13).

Deixamos as características identitárias e a essência da autenticidade para seguirmos um ideal social voltado ao consumo, muitas vezes em busca de aceitação. Seguimos uma ditadura de estereótipos, deixando o ser e a construção crítica de racionalidade de lado para enriquecermos o nosso “ter” existencial. Nos tornamos “[...] soldados passivos programados para alimentar com a própria alma o apetite voraz e insaciável do DEUS-LUCRO. Na sociedade consumista, somos todos livres para consumir tudo, a todos e a nós mesmos” (SILVA, 2014, pg 14).

3. Consumo, Meio ambiente e as consequências sobre a saúde

O consumo apresenta-se como um objeto de estudo relativamente novo nas ciências sociais, mas de importância crescente pela significação que carrega nos tempos atuais, onde exerce um papel central na vida das pessoas, influenciando suas maneiras de pensar, agir e sentir. É característica da sociedade atual a criação de “necessidades” pela forte atuação de interesses particulares no estímulo dos indivíduos às práticas de consumo. As pessoas acabam por dispender recursos financeiros, muitas

vezes onerosos, para comprar as “vantagens” apregoadas pela mídia. Os atos de consumir e descartar ocorrem rápida e sucessivamente, pois sempre há algo mais novo, cuja posse, espera-se, finalmente trará a derradeira felicidade e bem-estar prometidos pela propaganda (KREMER, 2007).

Nessa toada, incorre-se também em atos de imprudência dos indivíduos, enquanto consumidores, no que tange ao meio-ambiente, uma vez que, produzindo a indústria em quantidade sempre crescente, a fim de atender à demanda por ela própria criada, conjuntamente aos meios de comunicação/divulgação, com uma imposição ao consumismo, veem-se os sujeitos sociais abarrotados em sua particularidade de bens que, ou já não os utilizam ou, dentro em pouco, não mais os utilizarão, o que gera uma necessidade de descarte desses bens, sendo que, por outro lado, não há o mesmo empenho da indústria ou mesmo por parte do governo para o fim de possibilitar às pessoas que procedam ao correto descarte de tais bens. (LIPOVETSKY, 2007).

Assim, pois, acabam todos os envolvidos na cadeia de consumo (produtores, consumidores e o próprio governo) incorrendo em prática contrária à previsão constitucional contida no art. 225, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Qual meio ambiente ecologicamente equilibrado e, essencial a uma correta qualidade de vida se estaria deixando às gerações futuras com o fato de desfazer-se de bens de consumo (que tem tido um período de vida cada vez mais curto) sem maiores preocupações, ou seja, sem considerar que tal ou qual bem pode atingir diretamente o lençol freático, por exemplo, causando danos à saúde humana. (BAUDRILLARD, 1995).

Não obstante a previsão constitucional do art. 225, § 3º, concernente à previsão no sentido de que condutas e atividades que sejam

consideradas “lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”, não se têm verificado, na realidade empírica, ações efetivas nesse sentido por parte do ente governamental, não obstante, ainda, alguns dispositivos legais criados e que tangenciam a questão, o que se reflete na latente liberdade sentida por indústrias e consumidores para agirem em contrariedade à norma constitucional, sendo, assim, evidente a necessidade não apenas de maior fiscalização por parte dos órgãos competentes, como também de investimentos em ações educativas, preventivas, pedagógicas.

Em virtude de práticas de consumo e também da influência do meio na saúde, muitas pessoas diagnosticadas com ansiedade, depressão, angústia exagerada e crises existenciais, apresentam uma peculiaridade em comum. Esses complexos são desenvolvidos, também, graças a endividamentos e pela sensação de insuficiência frente ao consumo, esse que é percebido em todos os lugares e ambientes da vida moderna. O consumismo, que é considerado um fenômeno global, é justificado também como uma forma de compensar o estresse ou reparar a falta de algum afago sentimental. A tendência à busca inalcançável da felicidade eterna é um fato conector das necessidades humanas ao consumismo exacerbado. Muitas campanhas de marketing propagam os seus produtos como sendo a chave da satisfação imediata, pois por detrás do “mundo perfeito” através do produto adquirido, há uma necessidade latente de vender cada vez mais e, em um mundo onde a felicidade virou produto, a satisfação imediata tende a ser o remédio.

Considerações finais

A ideia do presente trabalho não é desestimular o consumo necessário, mas apenas criar uma reflexão crítica acerca do consumismo exacerbado. Devemos nos construir como seres críticos, a fim de que possamos consumir conforme as nossas necessidades e, sempre com-

prometidos com a sustentabilidade e o dever ético do consumo. Os bens de consumos são necessários para a vida, porém diante de uma sociedade empresarial que estimula o consumo como força motriz do sistema capitalista, devemos consumir de forma consciente, e esses parâmetros serão construídos apenas com o fortalecimento do ser antes do ter. A rotatividade dos bens de consumo desencadeiam o ciclo vicioso dos investimentos desnecessários, e as pessoas, frente à imposição imperiosa do consumismo, adquirem coisas sem ter sequer usufruído os bens que possuem. Além de todas as situações mencionadas, temos que considerar que a expansão do mercado econômico gerou um fenômeno social de inconseqüência para com o meio ambiente, pois a imposição do consumo, em propagandas, comerciais e pelas difusões midiáticas, levam a uma maior rotatividade de produtos, a instantaneidade faz com que um aparelho tecnológico tenha uma fruição reduzida, pois as gerações tecnológicas sobrepõem-se quase que anualmente, o que acarreta danos irreparáveis, tanto para a saúde do meio ambiente quanto para a saúde mental e financeira do consumidor.

O consumismo estimula indiretamente a depleção ambiental ao aumentar desnecessariamente a extração na natureza dos insumos utilizados nos processos de produção. E diretamente, ao devolver ao meio ambiente volumes de resíduos em quantidades superiores às que ocorreriam numa situação de consumo consciente. A conseqüente redução da capacidade ambiental para a prestação dos serviços ecossistêmicos vai paulatinamente reduzindo o bem-estar social, pelas doenças, extremos climáticos, perdas na produção de alimentos, disponibilização de água, etc.

Dentre todos os desnivelamentos sociais, ainda lutamos contra a falta de suprimentos básicos para uma grande massa social que não consegue consumir tudo que precisa para sobreviver, estabelecendo-se assim um distanciamento entre duas realidades. Nesse contexto, para desenvolvermos a introspecção crítica do consumo, temos a necessidade de refletir a cada novo estímulo consumerista: precisamos de tudo que consumimos?

Referências

- BAUDRILLARD, J. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BAUMAN, Z. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. , 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 16 abr.2018.
- CAMPBELL, C. Eu compro, logo sei que existo: as bases metafísicas do consumo moderno. In BARBOSA, Lúvia; CAMPBELL, C. (Org.). **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.
- KREMER, J. **Caminhando rumo ao consumo sustentável**: uma investigação sobre a teoria declarada e as práticas das empresas no Brasil e no Reino Unido. PPG em Ciências Sociais. PUCSP, São Paulo, 2007.
- LIPOVETSKY, G. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SCHIFFMAN, L. G. ; KANUK, L. L. **Comportamento do consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2000.
- Silva, Ana Beatriz B. **Mentes consumistas** : do consumismo à compulsão por compras / Ana Beatriz Barbosa Silva. – 1. ed. – São Paulo : Globo, 2014.

X

Rastreamento do câncer do colo de útero em mulheres com deficiência física motora

*Tassia Gomes dos Santos*¹

*Sara Gallert Sperling*²

*Janice de Fátima Pavan Zanella*³

*Janaina Coser*⁴

Considerações iniciais

No Brasil, a atenção à saúde da mulher é reconhecida por suas diversas transformações assistenciais, políticas e sociais estabelecidas ao longo das últimas décadas. Ao mencionar o contexto histórico das práticas de saúde voltadas a esta população verifica-se que as primeiras políticas públicas brasileiras, estabelecidas ainda no início do século XX, eram limitadas às ações relacionadas à gravidez e ao parto. Porém, com a implantação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), em 1984, houve uma ruptura conceitual com os princípios norteadores da política de saúde das mulheres já existente, e o estabele-

¹ Biomédica, graduada pela Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta-RS. E-mail: TGS.z6@hotmail.com

² Enfermeira. Especialista em Saúde Pública com Ênfase em Saúde da Família - Centro Universitário Internacional; Mestre em Atenção Integral à Saúde - Universidade de Cruz Alta/Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Cruz Alta/Ijuí-RS. E-mail: sarag.sperling@yahoo.com.br.

³ Farmacêutica Bioquímica; Doutora em Biotecnologia; Docente no Curso de Biomedicina da Universidade de Cruz Alta e no Programa de Pós-Graduação em Atenção Integral à Saúde - Universidade de Cruz Alta/Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Cruz Alta-RS. E-mail: jzanella@unicruz.edu.br

⁴ Biomédica; Doutora em Biologia Celular e Molecular Aplicada à Saúde; Docente no Curso de Biomedicina da Universidade de Cruz Alta e no Programa de Pós-Graduação em Atenção Integral à Saúde - Universidade de Cruz Alta/Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Cruz Alta-RS. E-mail: coser@unicruz.edu.br.

cimento de critérios para seleção de prioridades nesta área (TEIXEIRA, 2015).

Ações assistenciais como educação, prevenção, diagnóstico, tratamento e recuperação de saúde da mulher, foram incluídas a partir da criação do PAISM. Tais ações foram ampliadas para a clínica ginecológica, pré-natal, parto, puerpério, climatério, planejamento familiar, doenças sexualmente transmissíveis, câncer do colo do útero e de mama (COSTA *et al.*, 2013), o que oportunizou a criação de novos e específicos programas que tiveram como base as diversas situações de saúde e doença a que as mulheres estão expostas, além de considerar as mudanças do perfil epidemiológico brasileiro, que também podem trazer impactos no surgimento de doenças e agravos (BRASIL, 2011).

Atualmente, as patologias que mais ocasionam mortalidade entre as mulheres brasileiras são as neoplasias, doenças cerebrovasculares, doenças isquêmicas do coração, diabetes e doenças hipertensivas. As neoplasias vêm apresentando destaque no acometimento à população feminina, e os principais cânceres identificados são os de mama, colorretal e do colo do útero (DATASUS, 2016).

O câncer de colo uterino é uma doença com grande potencial de prevenção e cura quando diagnosticado precocemente. Porém, ainda constitui um problema de relevância mundial, sendo o quarto tipo de câncer que mais atinge as mulheres em todo o mundo (WHO, 2012). No Brasil, é o terceiro câncer mais incidente na população feminina, com 16.370 novos casos estimados para o biênio 2018-2019 (INCA, 2019).

A principal estratégia para prevenção e controle desta neoplasia é o rastreamento citológico ou Papanicolaou (JIN *et al.*, 2013). No Brasil, este exame é oferecido à população feminina sexualmente ativa com idade entre 25 a 64 anos (INCA, 2016). No entanto, observa-se que a abordagem e a inclusão de mulheres com deficiência física é algo que precisa ser fortalecido, pois apesar de existir uma política brasileira específica para atenção às pessoas com deficiência (BRASIL, 2010), e uma lei que garante o acesso aos exames preventivos do câncer do colo do útero e de mama a

este grupo de mulheres (BRASIL, 2016), ainda existem dificuldades para sua efetivação.

Estudos conduzidos no Reino Unido, Austrália, Suécia e Coréia demonstraram que a maioria das mulheres com deficiência física não realizam o exame citopatológico por questões relacionadas à falta de conhecimento, constrangimento e dificuldade de acessibilidade, tornando este público vulnerável ao desenvolvimento do câncer do colo do útero (CHORLEY *et al.*, 2017; RAMJAN *et al.*, 2016). Portanto, é preciso assegurar a essas pessoas o exercício efetivo da cidadania e da convivência social, mediante o direito de liberdade e de autonomia para ir e vir, incluindo o acesso aos serviços e cuidados de saúde (Silvers *et al.*, 2016; MARTINS *et al.*, 2015).

Assim, considerando que as mulheres com deficiência física não deixam de vivenciar sua sexualidade ou manter uma vida sexual ativa, e que no Brasil poucas investigações abordam esta temática, especialmente no que se refere à prevenção do câncer ginecológico, o objetivo deste estudo foi avaliar o rastreamento do câncer do colo do útero em mulheres com deficiência física motora.

1. Materiais e Métodos

Estudo transversal, descritivo com abordagem quali-quantitativa, desenvolvido como trabalho de conclusão de curso da autora principal. Integra o projeto matricial intitulado “Atenção Integral à Saúde da Mulher com Deficiência Física no Contexto da Prevenção do Câncer do Colo do Útero”, aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Cruz Alta (CAAE: 72637517.5.0000.5322; Pareceres: nº 2.547.908; nº 2.626.234).

A etapa da pesquisa, aqui apresentada, foi realizada em um município da região noroeste do estado do Rio Grande do Sul, pertencente à 8ª Coordenadoria Regional de Saúde, com uma população de 19.579 habitantes, sendo deste total, 9.953 mulheres e 1.426 pessoas com algum tipo

de deficiência física. O município estudado possui seis (06) Estratégias de Saúde da Família (ESF), as quais, cinco (05) estão localizadas na zona urbana, e uma (01) localizada na zona rural (IBGE, 2010).

A amostra foi constituída por cinco mulheres com deficiência física motora selecionadas por método de conveniência, a partir dos cadastros de quatro (04) ESF do município estudado. Salienta-se que do total de ESF selecionadas para a pesquisa, duas foram excluídas devido a limitação de deslocamento dos pesquisadores e à ausência de mulheres com deficiência física motora em sua população adstrita. Todas as participantes aceitaram participar voluntariamente do estudo e assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Os dados foram coletados no mês de maio de 2018, por meio de entrevista conduzida a partir de um instrumento semiestruturado elaborado pelas pesquisadoras, o qual inclui questões para levantamento de variáveis sociodemográficas (idade, escolaridade, estado civil, ocupação e renda), reprodutivas e sexuais (filhos, menopausa, sexarca, vida sexual ativa) e relacionadas à deficiência física (causa e tempo da deficiência). A entrevista também incluiu sete questões abertas, referentes ao acesso e utilização da ESF, bem como sobre a realização do exame citopatológico do colo do útero (Quadro).

As entrevistas foram realizadas na residência de cada uma das participantes, e gravadas em áudio utilizando-se um gravador eletrônico. Após conclusão da coleta de dados, as respostas foram transcritas e submetidas à análise de conteúdo, conforme técnicas propostas por Bardin (2009) e Minayo (2014): 1) Pré-análise; 2) Exploração do material e; 3) Tratamento dos resultados, inferência e interpretação. Para garantir o anonimato e sigilo das participantes, seus nomes reais foram modificados para nomes de flores (Rosa, Orquídea, Margarida, Violeta e Azaleia) e a identificação das ESF por meio de números ordinais.

Quadro - Questões incluídas na entrevista, para avaliação do acesso e utilização da ESF e realização do exame citopatológico.

QUESTÃO	PERGUNTA
Nº 1	Com que frequência você vai à Unidade de Saúde?
Nº 2	Por quais motivos você vai à Unidade de Saúde?
Nº 3	Já realizou o exame Papanicolaou alguma vez? Se resposta “SIM”: - Quando foi a última vez? - Retirou o resultado? - Lembra do resultado do último exame? - Necessitou de algum tratamento? - Quem coletou o exame (médico, enfermeiro...) Se resposta “NÃO”: Por que?
Nº 4	Alguém te orientou quanto a realização do exame?
Nº 5	Existe alguma dificuldade na realização do exame preventivo?
Nº 6	Você considera importante realizar o exame preventivo? Por que?
Nº 7	Você conhece a lei nº13.362 de 23 de novembro de 2016?

Fonte: Os autores (2018).

Os resultados são apresentados de forma descritiva. Inicialmente, são apresentados e discutidos os dados referentes à caracterização das participantes e, posteriormente, as informações obtidas a partir da interpretação da análise de conteúdo, as quais foram organizadas em quatro categorias temáticas: 1) Vínculo à Atenção Básica (questões número 1 e 2); 2) Rastreamento do câncer do colo do útero (questão número 3); 3) Fatores facilitadores e dificultadores para realização do exame citopatológico (questões número 4, 5 e 6) e, 4) Direitos da pessoa com deficiência: acesso aos exames ginecológicos (questão número 7).

2. Resultados e Discussão

2.1 Caracterização das participantes

A idade das participantes variou de 52 a 64 anos (Tabela 1), com média de 56,8 anos, portanto, todas estão incluídas na faixa etária recomendada para realização do rastreamento do câncer do colo do útero (INCA, 2016).

Quanto à escolaridade, estado civil e renda, o ensino superior não foi evidenciado em nenhuma das participantes, duas (02) informaram

ser casadas e a maioria (03) relatou renda superior a um salário mínimo (Tabela 1).

Tabela 1 - Dados sociodemográficos de mulheres com deficiência física motora de um município do noroeste do estado do Rio Grande do Sul, RS, 2018.

Variáveis sociodemográficas	Participantes				
	Rosa	Orquídea	Margarida	Violeta	Azaléia
Idade	52 anos	53 anos	62 anos	53 anos	64 anos
Renda	1 salário mínimo	1 salário mínimo	1 ^{1/2} salário mínimo	2 salários mínimos	2 salários mínimos
Escolaridade	1º grau completo	1º grau completo	1º grau completo	2º grau completo	2º grau completo
Estado civil	Separada	Solteira	Casada	Casada	Casada
Profissão	Do lar	Do lar	Do lar	Do lar	Do lar

Fonte: Os autores (2018).

Relativo aos dados clínicos ginecológicos, a maior parte das mulheres entrevistadas referiu possuir 2 filhos (03), estar na menopausa (04), sexarca aos 16 anos (03) e não ter vida sexual ativa (03) (Tabela 2).

Embora a maioria tenha relatado ausência de vida sexual ativa (Tabela 2), a literatura relata que a distribuição de faixa etária da infecção pelo Papilomavírus humano (HPV), agente etiológico do câncer do colo do útero, possuem uma característica bimodal, ou seja, com um pico em idades mais jovens (logo após o início da vida sexual), uma taxa de prevalência mais baixa na idade média e um novo pico em idades mais avançadas (acima de 45 anos) (BRUNI, *et al.*, 2010). Este último pode ser explicado pela diminuição da imunidade na senescência, pelo comportamento sexual das pessoas de meia idade, ou ainda pela possibilidade de taxas mais elevadas da persistência do HPV em idades mais avançadas, com reativação de uma infecção latente (BRUNI *et al.*, 2010; GONZÁLEZ *et al.*, 2010; ROSITCH *et al.*, 2012). Desta forma, mesmo após a menopausa, as mulheres devem realizar o rastreamento do câncer do colo do útero, pois lesões causadas pelo HPV podem se manifestar em muitos anos após a aquisição da infecção (HAUSEN, 2009).

Tabela 2 - Dados clínicos de mulheres com deficiência física motora de um município do noroeste do estado do Rio Grande do Sul, RS, 2018.

Dados clínicos	Participantes				
	Rosa	Orquídea	Margarida	Violeta	Azaléia
ESF adstrita	ESF 1	ESF 2	ESF 2	ESF 3	ESF 4
Nº de filhos	2	3	2	2	4
Ciclo fisiológico da mulher	Menopausa	Menopausa	Menopausa	Reprodutivo	Menopausa
Sexarca (idade)	16 anos	16 anos	17 anos	16 anos	Não referido
“Vida” sexual	Inativa	Inativa	Ativa	Ativa	Inativa
Quantidade de anos com a deficiência	5 anos	25 anos	8 anos	3 anos	5 anos
Causa/motivo da deficiência	Amputação de membro inferior devido a complicações pela Diabetes Mellitus	Trombose	Acidente Vascular Cerebral (AVC)	Acidente Vascular Cerebral (AVC)	Acidente Vascular Cerebral (AVC)
Movimentação dos membros	Não executa movimento algum com membros inferiores	Executa movimentos com os membros inferiores com alguma dificuldade.	Executa movimentos com os membros inferiores com alguma dificuldade	Executa movimentos com os membros inferiores com grande dificuldade	Executa movimentos com os membros inferiores com alguma dificuldade
Uso de dispositivos auxiliares	Cadeira de rodas	Não utiliza	Não utiliza	Não utiliza	Não utiliza

Fonte: Os autores (2018).

Ainda em relação aos dados da tabela 2, é possível observar que a principal causa da deficiência foi devido ao Acidente Vascular Cerebral (AVC), relatada por três (03) mulheres. Destas, duas (02) apresentam alguma dificuldade para realizar movimentos com membros inferiores e uma (01) apresenta grande dificuldade. Outra participante é cadeirante, não executando nenhum movimento com os membros inferiores, e a deficiência decorre por amputação devido complicação da Diabetes mellitus. A dificuldade para executar movimentos com os membros inferiores, como consequência de trombose, também foi relatada por uma participante.

As doenças ou lesões que afetam quaisquer sistemas podem produzir quadros de limitações físicas de grau e gravidade variáveis dependendo do tipo de lesão ocorrida, ou seja, um comprometimento do

aparelho locomotor. A pessoa com deficiência física motora possui alguma ou grande dificuldade permanente, tanto para caminhar ou subir escadas, como para realizar atividades físicas básicas do dia-a-dia, necessitando de cuidados especiais para desenvolvê-las.

Dependendo do caso, as pessoas que possuem problemas de locomoção conseguem movimentar-se com a ajuda de próteses, cadeira de rodas ou outros aparelhos auxiliares. Ao desenvolver determinadas habilidades, as condições de locomoção, manipulação de objetos e até de trabalho podem ser executadas, o que garante a autonomia e independência das pessoas com deficiência física motora (BRASIL, 2010).

2.2 Vínculo à Atenção Básica

A atenção básica, também denominada Atenção Primária à Saúde, é considerada a “porta” de entrada do usuário à rede de atenção à saúde e a efetividade das suas ações depende da proximidade e capacidade de acolhimento e vinculação. Com isso, são estabelecidas relações de afetividade e confiança entre o usuário e o profissional da saúde, fortalecendo a corresponsabilização do cuidado (BRASIL, 2012), conforme evidenciado nos relatos de Rosa, Orquídea e Violeta. No entanto, uma das participantes (Margarida) relatou buscar atendimento no hospital ao invés da atenção básica, devido a facilidade de deslocamento àquele serviço.

É responsabilidade da equipe da atenção básica realizar atenção domiciliar destinada a usuários que possuam problemas de saúde controlados/compensados e com dificuldade ou impossibilidade física de locomoção (BRASIL, 2012), ação evidenciada por duas participantes do estudo (Rosa; Azaleia).

“[...]vou sempre no postinho ou eles vem aqui em casa...” (Rosa)

*“[...]quase sempre vou lá pra consultar sou bem atendida pelas gurias...”
(Orquídea)*

“[...]às vezes vou, quase nunca porque moro em cima do hospital fica mais perto pra mim ir...” (Margarida)

“[...]vou pra consultar[...]tem também as reuniões dos hipertensos e diabéticos quando da eu vou...” (Violeta)

“[...]quase nunca vou ali[...] o médico e a enfermeira quem me ver [...] só quando realmente preciso pra mim ir até ali...” (Azaleia).

2.3 Rastreamento do câncer do colo do útero

Atualmente, o exame citopatológico é a estratégia comumente utilizada para realizar o rastreamento do câncer do colo do útero. É recomendado para todas as mulheres sexualmente ativas, na faixa etária dos 25 aos 64 anos, sendo que os dois primeiros exames devem ser realizados com intervalo anual e caso não apresente alteração, a periodicidade deve ser trienal (INCA, 2016).

Embora seja considerada uma tecnologia da atenção primária (INCA, 2016), nem todas as participantes do estudo informaram realizar o exame em tal nível de atenção à saúde. Duas mulheres (Violeta e Azaleia) relataram realização do exame em uma unidade de atenção básica, duas (Orquídea e Margarida) relataram realização em um serviço de atenção secundária, denominado pelas participantes como “saúde” e, uma participante (Rosa), informou ter feito o último exame em hospital de referência na região.

Também é atribuição da atenção primária encaminhar para tratamento as mulheres de acordo com os resultados dos exames e garantir seu seguimento (INCA, 2016). Desta forma, é importante que haja o retorno das mesmas à unidade de saúde de referência para retirar o resultado do exame (citopatológico) e tratar possíveis infecções ou lesões (SILVEIRA *et al.*, 2015), conforme evidenciado nos relatos a seguir.

“[...]sim[...] sempre faço, fiz no HUSM[...] este ano ainda não fiz, a agente de saúde vai marcar pra mim[...] retirei e não precisei tomar remédio e nem fazer tratamento[...]a enfermeira que fez o exame...” (Rosa)

“[...]sim eu faço[...]ultimo que fiz foi em 2016[...] levei pra Dr^a ginecologista da saúde[...]tava bom ela disse[...]a médica que fez tudo...” (Orquídea)

“[...]fiz em 2014[...] a minha filha que pegou o exame e tava bem[...] quando fiz foi um Doutor ali na saúde que fez...” (Margarida)

“[...]fiz o exame agora em janeiro aqui no postinho[...] tive que tomar anti-biótico porque eu tava infecção de bexiga...” (Violeta)

“[...] este ano ainda não fiz, mas vou fazer já estou com a consulta ali no postinho marcada pro início do mês[...] das vezes q fiz não lembro sem tomei remédio, tomo tanto remédio...” (Azaleia)

3. Fatores facilitadores e dificultadores para realização do exame citopatológico

É de suma importância que os serviços de saúde orientem sobre o que é, e qual a importância do exame preventivo, pois a sua realização periódica permite reduzir a mortalidade por câncer do colo do útero na população de risco (CASARIN; PICCOLI, 2011). Neste sentido, como um fator facilitador do rastreamento desta neoplasia, foi observada, nos relatos de todas as participantes, a proximidade dos agentes comunitários de saúde (ACS) e o papel desempenhado pelos mesmos na orientação sobre a importância do exame citopatológico.

De acordo a Política Nacional de Atenção Básica (BRASIL, 2012), são atribuições do ACS, a realização das visitas domiciliares e de ações educativas individuais e coletivas nos domicílios e na comunidade. No contexto do controle e prevenção do câncer do colo do útero, a orientação sobre a importância da realização do exame preventivo (citopatológico) nas visitas domiciliares às mulheres realizadas pelo ACS, junto com a atuação da equipe multiprofissional de saúde da unidade, torna-se fundamental para a garantia do sucesso das ações.

“[...]o agente de saúde sempre fala, me explica que tem que fazê o exame todo ano pra não ter câncer[...] eu leio bastante também...” (Rosa)

“[...]o agente de saúde não fala só desse exame, fala de outras coisa também, como remédio, pressão alta e da minha diabete...” (Orquídea)

“[...]sim, quando o agente faz a visita ele fala...” (Margarida)

“[...]a agente de saúde me orienta...” (Violeta)

“[...]Minha filha era agente de saúde ela que me orienta, me cuida...” (Azaleia)

Além disso, outro fator identificado como facilitador para o rastreamento do câncer do colo do útero foi a conscientização de todas as participantes quanto a importância do exame citopatológico para prevenção desta neoplasia e para o cuidado com sua saúde, conforme retratado em seus relatos.

No entanto, Margarida (62 anos de idade) informou não realizar mais o exame por já estar na menopausa. Conforme Diretrizes de rastreamento do Ministério da Saúde (INCA, 2016), mulheres na pós-menopausa devem ser rastreadas de acordo com as orientações para as demais mulheres, ou seja, o rastreamento deve seguir até os 64 anos de idade e, naquelas sem história prévia de doença neoplásica pré-invasiva, interrompidos quando essas mulheres tiverem pelo menos dois exames negativos consecutivos nos últimos cinco anos.

“[...]sim, é importante pra nossa saúde...” (Rosa)

“[...]eu acho importante fazer porque a gente descobre a doença e dá tempo de tratar...” (Orquídea)

“[...]sei sim como é importante[...] só não fiz mais porque já tô na menopausa...” (Margarida)

“[...]sim, o exame é muito importante, eu sei disso por isso continuo fazendo...” (Violeta)

“[...]Sim é muito importante a gente tem que se cuidar[...]Não dá facilita...”
(Azaleia)

Por outro lado, houve apontamento por algumas mulheres de fatores que podem ser considerados como dificultadores para o rastreamento do câncer do colo do útero, como a dificuldade e a dependência de outras pessoas para o deslocamento até o serviço de saúde, e o fato de sentir dor no momento da realização do exame.

“[...]eu fazia mais seguido mas agora faz um tempinho que não faço porque tenho tem que pagar táxi[...] pra mim fica mais ruim agora dependendo dos outros...” (Margarida)

“[...]Não gosto de fazer, porque as vezes dói mas sempre faço...” (Violeta)

Semelhante aos achados do nosso estudo, outros autores também evidenciaram a dor (SILVA *et al.*, 2008; SILVA *et al.*, 2014) e a dificuldade de acesso à Unidade de Saúde (FERREIRA, 2010; SILVA *et al.*, 2008) como fatores que diminuem a adesão das mulheres ao exame citopatológico do colo do útero.

Em contrapartida, houve relato de participantes que demonstram senso de autocuidado com sua saúde, e que mesmo não sendo “bom”, a realização do exame é importante. Esse reconhecimento faz com que o indivíduo possa ter maior autonomia para decidir sobre seus determinantes de saúde, o que leva à corresponsabilização para com sua saúde e cuidado (BRASIL, 2012).

“[...] não tenho problema em fazer[...] eu vou fazer daqui uns dias...” (Rosa)

“[...]não é bom mas eu faço porque é pro meu bem, [...]quem gosta de mim sou eu ...” (Orquídea)

“[...] não acho difícil [...] faço sem problema...” (Azaleia)

Embora a deficiência física possa dificultar o acesso ao exame do rastreamento do câncer do colo do útero, no presente estudo, não foram

identificadas dificuldades relacionadas à acessibilidade devido infraestrutura ou mobiliário inadequado, ou ainda, despreparo dos profissionais para atendimento de pessoas com deficiência, como evidenciado em outros estudos (BARCELOS *et al.*, 2017; BRITO-SILVA *et al.*, 2014; SILVA; ASSIS, 2010).

4. Direitos da pessoa com deficiência: acesso aos exames ginecológicos

Com a finalidade de garantir os direitos das pessoas com deficiência física e a inclusão no convívio social, foi elaborada uma política específica para este grupo populacional. A Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2010) visa à inclusão das pessoas com deficiência em toda a rede de serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) e caracteriza-se por reconhecer a necessidade de implementar o processo de respostas às complexas questões que envolvem a atenção à saúde destas pessoas.

Ao serem questionadas acerca da Lei nº 13.362/2016 (BRASIL, 2016), nenhuma das mulheres informou possuir conhecimento sobre a mesma, porém, algumas ressaltaram sobre sua importância.

“[...]Não sabia disso, mas eu já sou bem atendida ali no postinho...” (Rosa)

“[...]Não, nem sabia da lei...” (Orquídea)

“[...]Não[...]mas que bom que tem esta lei...” (Margarida)

“[...]Não sei, mas é importante pra nós mulheres...” (Violeta)

“[...]Não, essa lei não... mas é importante a saúde pensar em todos...” (Azaleia)

A Lei nº 13.362, sancionada em 23 de Novembro de 2016, dispõe sobre a efetivação de ações de saúde que assegurem a prevenção, detecção, tratamento e seguimento dos cânceres do colo do útero e de mama;

acrescendo que serão garantidas condições e equipamentos adequados para realizar o atendimento das mulheres com deficiência (BRASIL, 2016).

Considerações finais

Evidenciou-se grande vínculo das mulheres com deficiência física motora relacionado a atenção básica de saúde, motivo que pôde facilitar a adesão destas na realização do exame citopatológico para prevenção do câncer do colo do útero. A responsabilização pela própria saúde e autocuidado ao referenciar a prevenção como importante, foi identificada como aspecto positivo, apesar da existência de fatores dificultadores tais como deslocamento e dor no momento do exame citopatológico.

As participantes da pesquisa não possuíam conhecimento acerca da lei que assegura a prevenção do câncer do colo do útero e de mama (Lei nº 13.362/2016). Com isso, faz-se necessária maior divulgação sobre o documento e das ações de que dispõe como direito das mulheres com deficiência, tanto para esta população, como para profissionais de saúde e comunidade em geral, com a finalidade de garantir a efetivação deste direito.

Referências

- BARCELOS, M.R.B., et al. Quality of cervical cancer screening in Brazil: external assessment of the PMAQ. **Revista de Saúde Pública**, [s.l.], v. 51, p. 1-13, 2017.
- BARDIN. L. **Análise de conteúdo**. Edições, Lisboa 70, 2009.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_pessoa_com_deficiencia.pdf>. Acesso em 10 dez 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: Princípios e Diretrizes**. – 1. ed., 2. reimpr. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2011. 82 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Básica**. Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/bvs>>. Acesso em 22 Maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.362, de 23 de Novembro de 2016**. Altera a Lei nº 11.664, de 29 de abril de 2008, que "dispõe sobre a efetivação de ações de saúde que assegurem a prevenção, a detecção, o tratamento e o seguimento dos cânceres do colo uterino e de mama, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS", para assegurar o atendimento às mulheres com deficiência. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/131484381/dou-secao-1-24-11-2016-pg-1>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRITO-SILVA, K., et al. Integralidade no cuidado ao câncer do colo do útero: avaliação do acesso. **Revista de Saúde Pública**, [s.l.], v. 48, n. 2, p. 240-248, 2014.

BRUNI, L. et al. Cervical human papillomavirus prevalence in 5 Continents: Meta-Analysis of 1 million women with normal cytological findings. **Journal of Infectious Diseases**, v.202, p. 12, p. 1789-99, 2010.

CASARIN, M.R.; PICCOLI, J.C.E. Educação em Saúde para Prevenção do Câncer de Colo do Útero em Mulheres do Município de Santo Ângelo/RS. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Santo Ângelo, v.16, n. 9, p. 3925-3932, 2011.

CHORLEY, A.J., et al. Experiences of cervical screening and barriers to participation in the context fan organised programme: a systematic review and thematic synthesis. **Psycho-Oncology**, v.26, p. 161-172, 2017.

COSTA, M.C.M.D.R., et al. Teoria fundamentada nos dados em pesquisas na saúde da mulher: estudo bibliométrico. **Revista de Enfermagem UFPE**. Recife. v. 7, p. 4153-4160, maio 2013. Edição especial.

DATASUS. **Mortalidade – Brasil: Óbitos p/Ocorrência por Região segundo Grupo CID-10**. 2016. Disponível em: < <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/obt1ouf.def>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

FERREIRA, M.L.S.M. Motivos que influenciam a não realização do exame de papanicolaou segundo a percepção de mulheres. **Revista Enfermagem**, v. 13, n. 2, p. 378-8, 2010.

GONZÁLEZ, P., et al. Behavioral/lifestyle and immunologic factors associated with HPV infection among women older than 45 years. **Cancer Epidemiology, Biomarkers & Prevention**. v. 19, n. 12, p. 3044-54, 2010.

HAUSEN, H.Z. Papilloma viruses in the causation of human cancers-abrief historical account. **Journal of virology**, v.384, n. 2, p. 260-65, 2009.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.htm>. Acesso em 07 abril 2018.

INCA. Ministério da Saúde. **Diretrizes de Rastreamento do Câncer do colo do útero**. 2^a ed., Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/inca/arquivo/diretrizes-para-o-rastreamento-do-cancer-do-colo-do-utero-2016corrigido.pdf>>. Acesso em 07 abril 2018.

INCA. Instituto Nacional de Câncer. **Controle do câncer do colo do útero: conceito e magnitude**. Ministério da Saúde. 29 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/controlado-cancer-do-colo-do-utero/conceito-e-magnitude>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

JIN, X.W. et al. Cervical câncer screening: What's new and what's coming? **Cleveland Clinic Journal of Medicine**, v.80, n. 3, p.153-60, 2013.

MARTINS, K.P., et al. Percepção da equipe de enfermagem acerca da acessibilidade física e comunicação de pessoas com deficiência visual. **Revista Ciências Cuidado Saúde**, v.14, n. 2, p. 1019-1026, 2015.

MINAYO, M.C.S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. Revista Ciências e saúde coletiva, São Paulo, v.12, 2014, 406 p.

RAMJAN, L., et al. Barriers to breast and cervical câncer screening for women with physical disability: A review. **Review Women & Health**, v.56, n. 2, p. 141-156, 2016.

- ROSITCH, A.F., et al. Contributions of recent and past sexual partnerships on incident human papillomavirus detection: acquisition and reactivation in older women. *Cancer Research*. 2012 Dec v. 72(23): 6183-90, dez. 2012.
- SILVA, S.E.D., et al. Representações sociais de mulheres amazônicas sobre o exame Papanicolau: implicações para a saúde da mulher. **Revista Enfermagem**, v.12 n. 4, p. 685-92, 2008.
- SILVA, R.S.; ASSIS, S.M.B. Grupo focal e análise do conteúdo como estratégia metodológica clínica-qualitativa em pesquisas nos distúrbios do desenvolvimento. **Cadernos de Pós graduação em distúrbios do desenvolvimento**, v.10, n. 1, p. 146-152, 2010.
- SILVA, E.C.A., et al. Conhecimento das mulheres de 18 a 50 anos de idade sobre a importância do exame de papanicolaou na prevenção do câncer de colo uterino no município de Turvânia-GO. **Revista Faculdade Montes Belos (FMB)**, v. 8, n. 4, p. 99-202, 2014.
- SILVEIRA, R.S., et al. Uma abordagem preventiva do câncer cervicouterino com mulheres em idade fértil. **SANARE - Revista de Políticas Públicas**, v.14, n. 1, p. 58-64, 2015.
- SILVERS, A., et al. Reproductive Rights and Access to Reproductive Services for Women with Disabilities. **American Medical Association Journal of Ethics**, v.18, p. 430-437, 2016.
- TEIXEIRA, L. (Org.). **Câncer de Mama e de Colo do Útero: Conhecimentos, políticas e práticas**. Rio de Janeiro: Outras Letras, 2015. 256 p.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Agency for Research on Cancer. **Cancer Tomorrow**. Globocan 2018. Disponível em: < http://gco.iarc.fr/tomorrow/graphic-isotype?type=1&population=900&mode=population&sex=2&cancer=39&age_group=value&apc_male=0&apc_female=0>. Acesso em: 02 fev. 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org