

4

A Saúde da Pessoa Idosa Como Direito Fundamental e o Papel do Estado na Sua Consecução

4.1

Notas Sobre a Historicidade dos Direitos Fundamentais

Antes de serem positivados, os direitos do homem já eram discutidos principalmente pelos filósofos no âmbito do jusnaturalismo. A fim de justificar a existência de direitos inatos, provenientes simplesmente da condição humana, partiu-se da idéia de um estado de natureza, separado do aporte estatal, perante o qual o ser humano possuía direitos reduzidos, porém essenciais, como a vida, a liberdade e a propriedade.¹ Nessa esteira, afirmava-se que: “o Direito como ciência sistemática, divide-se em Direito Natural, que se funda em princípios puramente *a priori*, e em Direito *positivo* (regulamentar), que tem por princípio a vontade do legislador.”² Para Kant, havia apenas um direito natural ou inato: a liberdade. Segundo o filósofo, “a liberdade (independência do arbítrio de outro), na medida em que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é esse direito único, primitivo, próprio de cada homem, pelo simples fato de ser homem.”³ “Aqui é suficiente dizer que o conceito de liberdade próprio à teoria liberal do Estado é o conceito de liberdade como não-impedimento.”⁴

Ressalta-se o pensamento de Kant, pois ele representa a etapa conclusiva da primeira fase da história dos direitos do homem, que vai alcançar seu cume nas declarações iniciais de seus direitos não mais enunciados por filósofos, mas pelos detentores do poder de governo, que não se contentavam mais com a simples existência abstrata de direitos naturais.⁵ Naquele momento, ao final do século XVIII, já se fazia indispensável que eles fossem materializados e reconhecidos

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73 e 74.

² KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de: BINI, Edson. São Paulo: Ícone, 1993, p. 55.

³ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*, p. 55.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de: FAIT, Alfredo. Brasília: UNB, 1984, p. 74.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 73.

pelo Estado. Ao mesmo tempo, Kant contribui para a formação do conceito de Estado de Direito que possui interdependência com os direitos fundamentais, esses, próprios de um Estado em que as leis são soberanas e que não partem do arbítrio dos poderosos.⁶

Assim, a origem dos direitos fundamentais encontra-se na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, um marco da Revolução Americana, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ponto máximo da Revolução Francesa, mas é a primeira que representa o marco da passagem dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.⁷

Ainda imbuídos do espírito jusnaturalista, os direitos fundamentais constantes das primeiras constituições escritas, surgem como direitos do indivíduo frente ao Estado, delimitando uma área de não interferência estatal e um domínio de autonomia do indivíduo face ao Poder Público, que deveria se abster de intervir na esfera privada da vida das pessoas. Chama-se esta fase precursora dos direitos fundamentais de primeira dimensão desses mesmos direitos civis e políticos, atribuídos aos cidadãos, no início do constitucionalismo do Ocidente pelo Estado Liberal.

Porém, significativos para o estudo da saúde da pessoa idosa como direito fundamental são, principalmente, os denominados direitos de segunda dimensão, surgidos no século XIX, quando já não havia tanta necessidade de se justificar a existência de direitos em face do Estado, mas de assinalar que existem direitos que devem provir dele.

Todavia, há de se ressaltar que não há incompatibilidade entre os direitos fundamentais de primeira e os de segunda dimensão, tendo em vista que as extensões de direitos fundamentais se complementam abrangendo, inclusive, novas dimensões, todas baseadas na aceção de que a dignidade da pessoa humana é o norte a guiar os direitos humanos de índole fundamental.

Como conseqüência da Revolução Industrial, do surgimento do proletariado e das manifestações socialistas que reivindicavam mais que um direito à liberdade formal, quer-se dizer, a liberdade perante a lei, passou a existir um clamor por liberdade em bases materiais, que oferecesse aos menos

⁶ PEREZ LUÑO. Antonio E. *Los derechos fundamentales*, p. 32.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

favorecidos justiça social.⁸ Nascem, portanto, os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais compostos pela vindicação do eficaz exercício das liberdades positivas e com o condão de assegurar aos mais necessitados, igualdade de oportunidades próprias de um Estado de Direito dirigido também pela justiça material.⁹ Nesse passo, os direitos sociais firmam-se quão *direitos de libertação da necessidade* e, ainda, quão *direitos de promoção*, cujo conteúdo é a organização da solidariedade.¹⁰ Configuram-se também direitos à igualdade substancial e gozam de um regime jurídico diferenciado defronte a uma desigualdade de fato que, por seu implemento, será limitada ou superada.¹¹

Concomitantemente, na virada para o século XX, surgem as expressões primitivas do que seria o Estado do Bem-Estar Social, cujos direitos, consagrados constitucionalmente, adjudicavam aos indivíduos prestações estatais que não constituíam apenas uma abstenção no domínio de suas vidas particulares, mas um agir efetivo por intermédio de atuações que garantissem um mínimo vital para sua subsistência, tais como estabelecidos na Carta Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Inclusive, a Constituição de Weimar foi o texto inspirador de outras cartas constitucionais que se estabeleceram após o fim da Segunda Grande Guerra, cujo intento era conjugar os direitos de liberdade com os direitos econômicos, sociais e culturais.¹² A chegada dessa segunda dimensão de direitos fundamentais, notadamente em nível constitucional, obrigava o Estado a

⁸ PARCERO, Juan Antonio Cruz. *Los derechos sociales como técnica de protección jurídica*. In: *Derechos Sociales e Derechos de las Minorias*. 2 ed. Compiladores: CARBONELL, Miguel, PARCERO, Juan Antonio Cruz, VÁZQUEZ, Rodolfo. México: Editorial Porrúa, 2001, p. 89: “Seria ingênuo e inclusive torpe pensar que o problema dos direitos sociais é um problema exclusivamente jurídico; quando falamos de direitos sociais, fazemos referência a certos bens ou valores (justiça, igualdade, saúde, educação, *et coetera*), e mais especificamente, a uma série de pretensões ou demandas para obter ou garantir ditos bens ou valores que consideramos um meio para obter aquilo que chamamos justiça social.” [Traduziu-se livremente do espanhol]

⁹ Segundo o que QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, assevera na p. 161: “A ‘igualdade de chances’ (não de condições), a concorrência de oportunidades, enfim, a alternativa da minoria a maioria, substituem-se hoje ao comando da ‘vontade geral’ como categorias gerais ‘legitimadoras’ da acção que o Estado entretanto assumiu no domínio da economia e da sociedade.”

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, p. 105.

¹¹ SANCHÍS, Luis Pietro. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. In: *Derechos Sociales e Derechos de las Minorias*. 2 ed. Compiladores: CARBONELL, Miguel, PARCERO, Juan Antonio Cruz, VÁZQUEZ, Rodolfo. México: Editorial Porrúa, 2001, p. 25 e 26.

¹² PEREZ LUÑO. Antonio E. *Los derechos fundamentales*, p. 40.

desempenhar prestações positivas, que se garantiam por intermédio de políticas públicas interventivas. Dessa maneira, o conceito de direitos sociais se correlaciona com o de Estado Social. Os direitos fundamentais ainda tiveram reconhecimento no âmbito internacional por meio da expressiva Declaração de Direitos Humanos da ONU datada de 1948 e, posteriormente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

Sem nenhuma dúvida os direitos sociais pressupõem um protagonismo do Poder Público na medida em que tais direitos encampam prestações oferecidas pelo Estado.¹³ O que se propugna por meio dos direitos sociais é um Estado que pratique a justiça distributiva, que aceite a responsabilidade de garantir aos seus membros uma base mínima de bem estar, que proporcione os meios adequados à existência humana em condições de dignidade. “Alude-se aqui aos interesses de natureza existencial: mínimo existencial e respeito à dignidade, no exercício do princípio da igualdade, este válido não obstante as condições pessoais e a idade.”¹⁴ Tem-se ciência de que o problema do idoso assume não só dimensões individuais como, ao mesmo tempo, sociais.¹⁵ E os direitos sociais à prestações “são direitos do indivíduo, (e portanto, também do idoso) frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros bastantes e se encontrassem no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares.”¹⁶, mas, não tendo, cabe ao Poder Público prestá-los.

Atente, todavia, que não só direitos sociais geram custos para o Estado. Os direitos civis e políticos também dependem de prestações positivas que não se esgotam na abstenção estatal.¹⁷ A fim de tutelá-los, configura-se necessário que o Estado gaste, por exemplo, com regulamentação, definindo o alcance e a restrição

¹³ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 17.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 340. [Traduziu-se livremente do italiano]

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 340.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*. In: *Derechos Sociales e Derechos de las Minorias*. 2 ed. Compiladores: CARBONELL, Miguel, PARCERO, Juan Antonio Cruz, VÁZQUEZ, Rodolfo. México: Editorial Porrúa, 2001, p. 69. [Traduziu-se livremente do espanhol e se acrescentou (e também do idoso)]

¹⁷ Esta é a tese desenvolvida por HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: Norton and Company, 1999, *passim*.

desses direitos, com regulação administrativa, com o exercício do poder de polícia frente às agressões provenientes do próprio Estado ou de particulares, com a efetivação das eleições para garantir o direito ao voto, entre outras despesas.¹⁸ A propriedade, emblematicamente, é um direito civil que requer expensas estatais, como o aparato da justiça civil e penal, com a força policial, com seus registros, com os serviços de cadastro, com a fixação e o controle das zonas de uso do solo.¹⁹

Do mesmo modo não é correto sustentar que os direitos sociais, econômicos e culturais só se executam mediante prestações. Condutas omissivas como as de não danificar a saúde, não deteriorar a educação ou não destruir o patrimônio cultural, são maneiras de realizá-los mediante obrigações negativas.²⁰

Como se vê, as dimensões de direitos civis e políticos e as de direitos sociais, econômicos e culturais se inter cruzam, de modo que a satisfação dos primeiros não obsta a dos segundos e vice versa. Ambas as categorias consubstanciam direitos de índole fundamental. Percebe-se a falácia de que apenas os direitos sociais demandam ações positivas do Estado, pois os civis e políticos também requerem atuações dessa natureza. Todos os direitos, enfim, solicitam, em alguma medida, prestações positivas e negativas para auferirem efetividade.

A diferença entre direitos civis e políticos e direitos sociais prestacionais consiste no fato de que os custos dos segundos destinam-se às obrigações estatais distributivas, que visam ao alcance da justiça social, como ocorre, por exemplo, na prestação pública do direito à saúde às pessoas idosas. Na esfera jurídico-política atual os direitos sociais “concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente

¹⁸ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 137e 138.

¹⁹ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, p. 137.

²⁰ AÑÓN, María José. *El test de la inclusión: los derechos sociales*. In: Trabajo, derechos sociales y globalización: algunos retos para el siglo XXI Coordenador: ANTÓN, Antonio. Madrid: Talasa, 2000, p. 175 e 176.

aos próprios indivíduos, restituindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais.”²¹

4.2

A Saúde Como Direito Fundamental e Exigível

Não há dúvida de que os direitos são custosos para o Estado. A questão dos custos, porém, não seria problemática se os recursos estatais fossem suficientes para contemplar todo tipo de assistência que os cidadãos necessitam e merecem, afinal, contribuem com tributos para que o Poder Público os gerencie em benefício da sociedade.

Todavia, parece que em todo o mundo, mesmo nas nações mais ricas, a dificuldade da escassez de recursos é empecilho para que o povo goze satisfatoriamente dos direitos que devem provir do aparato governamental.²²

Se essa discussão tem pertinência nos Estados Unidos, evidentemente, é uma discussão central num país em desenvolvimento como o Brasil.²³ Afinal, quanto se deve investir em saúde no país? Em que medida os recursos públicos devem ser alocados em prol da saúde de sua população idosa?

Várias propostas têm sido elaboradas pelos estudiosos da matéria e, comumente, são discutidas teorias como a da “reserva do possível”, do “mínimo existencial”, com base na doutrina majoritária alemã.

A locução “reserva do possível” contextualiza o dilema de cunho econômico que se dá quando as necessidades sociais são ilimitadas e os recursos

²¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.130.

²² Discorrendo sobre a justiça e o alto custo da saúde nos Estados Unidos da América, DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de: SIMÕES, Jussara. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431-432, pergunta: “Mas quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos? Não podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos entre nós podem comprar para si. Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?”

²³ Nesse sentido a obra de AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

do Erário para supri-las, insuficientes. Nesse sentido, a sociedade teria que se contentar com uma fronteira que demarca o que é possível para o orçamento público, a fim de atendê-la. Todos os direitos subjetivos públicos sociais possuem um custo, portanto, renomadas vozes sustentam que, para assumi-los, faz-se cogente estejam eles atrelados à “reserva do possível”. Nesses termos, baseando-se na formulação de Jellinek, afirma-se categoricamente que: “O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’ ou na conformidade da autorização orçamentária.”²⁴

Historicamente, a expressão “reserva do possível” possui origem germânica, formulada pelo Tribunal Constitucional Alemão, e não só diz respeito à existência de reservas públicas suficientes como também à fronteira do razoável para que os cidadãos exijam da sociedade por meio de prestações estatais, mesmo que o Estado tenha condições de satisfazê-las.²⁵

Há importantes colocações sobre a retórica da “reserva do possível” pelos doutrinadores brasileiros e portugueses.

A primeira delas diz respeito ao fato de tal elaboração não ter sede na Constituição alemã, mas sim em seu Tribunal Superior, acostumado a lidar com as vicissitudes daquela comunidade “com base em realidades culturais, históricas, e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes” das brasileiras.²⁶ Sustenta-se que, ainda que a doutrina da “reserva do possível” tivesse emanado da Carta alemã, parece também questionável a passagem desta formulação jurídica própria do contexto alemão, portanto, do denominado primeiro mundo, para um país com tantas mais desigualdades sociais como o Brasil.²⁷

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Organizador: TORRES, Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 297.[grifou-se]

²⁵ BverfGE n° 33, p. 303. Decisão na qual a Corte decidiu pelo Estado não ter que criar tantas vagas nas universidades públicas para receber toda a gama de estudantes interessados em cursá-las.

²⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no brasil e na alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

²⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no brasil e na alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*, p. 51.

Todavia, caso se considere a “reserva do possível” um argumento válido no âmbito pátrio, outra grande questão existente diz respeito a quem compete decidir qual é a medida da “reserva do possível” para os direitos sociais. Seria do legislador ordinário ou dos tribunais tal competência?

Posições merecedoras de respeito afirmam que essa atribuição (competência) seria do titular do poder político, na medida em que a motivação invocada fosse objetivamente constatada²⁸ e que a pré-ponderação seria do legislador em face das possibilidades orçamentárias estatais, o que impediria o alvedrio do Poder Judiciário acerca da alocação de recursos sem ter em conta o entendimento do legislador político democrático.²⁹ Em estreita síntese, argumenta-se: “as opções que permitirão definir o conteúdo dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído.”³⁰ Portanto, à “reserva do possível” soma-se o argumento da reserva parlamentar em matéria orçamentária, o que toca o princípio da separação de poderes.³¹

Dentro dessa mesma linha de argumentação entende-se, inclusive, que os direitos sociais não seriam direitos originalmente fundamentais.³²

Com todo respeito, e sem desprestigiar a relevância da discussão que ainda se procederá em face às indagações postas, não se comunga da opinião que os direitos sociais, reduzidos à reserva do possível, teriam que ser alocados tão

²⁸ Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 294.

²⁹ É o que assevera TORRES, Silvia Faber. *Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas*. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Organizadores: GALDINO, Flávio e SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 785.

³⁰ DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 192.

³¹ Consoante SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais na constituição de 1988*. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano 1. Vol. 1. Abril/2001, p. 35.

³² Referindo-se ao “mínimo existencial”, TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 177. Julho/Setembro, 1989, p. 29, assevera: “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.)...” Recentemente, o autor confirma a sua posição afirmando em *A jusfundamentalidade dos direitos sociais*. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XII, Lumen Juris, 2003, p. 370, que: “... Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima.” [grifou-se]

somente pelo legislador ordinário quando houver ofensa às disposições constitucionais legitimadas pelo legislador originário, muito menos de que os direitos sociais não consubstanciam direitos de origem fundamental.

Há de se constatar, contudo, que é grande a polêmica doutrinária e jurisprudencial a girar em torno da exigibilidade judicial dos direitos sociais prestacionais, entre os quais se inclui o direito à saúde, até porque, como já se destacou, questiona-se, nesse particular, se direitos desse jaez fazem mesmo parte do conjunto de direitos fundamentais.³³

A resposta acertada parece ser a que reconhece os direitos sociais como efetivos direitos fundamentais porque são princípios do Estado de Direito e fazem parte do núcleo do constitucionalismo atual, possibilitando que as pessoas auferam um grau de humanização cabível em cada momento histórico. Nesse diapasão, os direitos sociais possuem um núcleo irreduzível, isto é, um limite ao alvedrio do legislador, por constituírem prestações sem as quais os indivíduos não poderiam sequer desenvolver sua liberdade.³⁴ Dessa forma, a liberdade desponta como o principal argumento em favor dos direitos sociais, no sentido de que a liberdade jurídica, para fazer ou deixar de fazer algo, não possui qualquer valor se não acompanhada da liberdade real (fática), de eleger o que fazer dentro do que se permite; e tal liberdade, no âmbito da sociedade industrial hodierna, depende essencialmente de atividades estatais.³⁵

Nota-se, portanto, que a liberdade se estabelece como argumento em prol tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos prestacionais. Assim como os direitos de defesa, os sociais também estão fulcrados na idéia de que a dignidade da pessoa só pode ser alcançada com condições de liberdade para todos.³⁶

Para justificar que os direitos fundamentais devem também assegurar a liberdade fática, ressalta-se a importância dela para os homens, por lhes propiciar condições de não viver abaixo de mínimas condições existenciais, de não lhes condenar a nada fazer ou de não se verem excluídos da vida cultural de sua época.

³³ AÑON, María José. *El test de la inclusión: los derechos sociales*, p. 178.

³⁴ AÑON, María José. *El test de la inclusión: los derechos sociales*, p. 179.

³⁵ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*, p. 73.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais na constituição de 1988*, p. 22.

Ademais, esta forma de liberdade permite que o ser humano possa se desenvolver livre e dignamente na comunidade social.³⁷

Observe-se que a Constituição brasileira atual tratou dos direitos sociais exatamente no seu Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, atribuindo-lhes capítulo próprio, erguendo-os, de maneira ostensiva, à posição de legítimos direitos fundamentais e, portanto, diferenciando-os da reminiscência provinda da Carta de 1934 e das seguintes, anteriores à de 1988, que os positivava no título da ordem econômica e social.³⁸

Firmada a fundamentalidade dos direitos sociais como direitos que viabilizam a liberdade real e de que esse predicado decorre de expressa disposição da Constituição brasileira de 1988, pergunta-se: os direitos sociais possuem garantia de ser sindicáveis perante os tribunais? Esta questão está diretamente ligada à de quem possui competência para decidir acerca da “reserva do possível”, caso se considere esse argumento válido para a prestação de direitos sociais fundamentais.

A doutrina aponta uma objeção formal à judiciabilidade dos direitos sociais fundamentais, no sentido de eles gerarem um deslocamento da política social do parlamento para os tribunais e, no plano material, argumenta-se que os direitos sociais não são conciliáveis, ou, pelo menos, entram em colisão, com as normas constitucionais materiais que conferem direitos de liberdade, pois os direitos fundamentais sociais são muito custosos e o Estado só distribui aquilo que arrecada dos proprietários de bens por meio de tributos.³⁹

Mas, em resposta à oposição formal aos direitos sociais fundamentais, portanto, em sua defesa, a mesma doutrina afirma em seguida que, de acordo com a divisão de poderes e com a democracia, a atribuição de decidir acerca do conteúdo dos direitos fundamentais é do legislador diretamente legitimado pelo povo, porém, cabe aos tribunais, o papel de deliberar de acordo com o que o legislador já tenha decidido.⁴⁰

³⁷ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*, p. 75.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais na constituição de 1988*, p. 17.

³⁹ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*, p. 77-79.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*, p. 77.

O que parece correto é que, se há escassez de recursos financeiros, o que estiver disponível será obrigatoriamente aproveitado na persecução dos direitos considerados fundamentais pela normativa constitucional até que esses sejam alcançados. Posteriormente sim, o legislador infraconstitucional poderá decidir em que aplicar os recursos que sobejarem, se sobrarem, de acordo com as prioridades decididas democraticamente em cada ocasião.

O direito fundamental à saúde é direito de todos e dever do Estado. Nesse sentido, se os recursos do Erário são insuficientes, que se retirem insumos de outras áreas não contempladas pelo Constituinte com a jusfundamentalidade que fora outorgada a esse direito de cunho essencial, que envolve a integridade psicofísica e a vida dos cidadãos. Fazer relativizações em face do direito à saúde acaba por “levar a ‘ponderações perigosas’ e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’”⁴¹ ou, por que gastar dinheiro com doentes idosos, principalmente com os muito idosos, se eles se encontram biologicamente próximos da morte?⁴²

Por tudo isso, sustenta-se que cumpre aos tribunais executar o que a Constituição determina e que tal atitude não fere a democracia e nem o princípio da tripartição de poderes.

Quanto à objeção material apontada, especialmente no que toca às liberdades jurídicas de outros, entende-se que essas liberdades são afetadas em medida reduzida, já que o que se garante por meio dos direitos fundamentais sociais é um mínimo vital.⁴³ Dentro desse mínimo, evidentemente, estão englobadas prestações de saúde adequadas.

Há que se lembrar, inclusive, que a construção da teoria da “reserva do possível” partiu de um tribunal alemão! Por que, então, os tribunais brasileiros não poderiam discutir e decidir acerca de uma formulação originária do Poder

⁴¹ ⁴¹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*, p. 53.

⁴² Essa perspectiva desumana e utilitarista é analisada por ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Os princípios da vulnerabilidade e da autonomia no estatuto do idoso: pressupostos e aplicações*. Mimeo, 2008: “Sob a ótica utilitarista, como ser velho não é equivalente a estar doente ou ser incapaz de dar alguma contribuição à sociedade, a estigmatização e o abandono social atingem os dependentes e ineficientes, o que equivale a justificar, sob a ótica da utilidade, as situações de exclusão e abandono social daqueles que se verifica inviável a recuperação da capacidade distributiva.”

⁴³ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*, p. 81.

Judiciário estrangeiro? Parece plausível, se transferida a formulação jurídica da “reserva do possível” para o contexto brasileiro, sustentar que constitui tarefa da doutrina e dos tribunais desenvolvê-la, evidentemente, considerando os aspectos sócio-econômicos que a envolvem, bem como a situação social e econômica do Brasil.⁴⁴

Mas ainda há outros obstáculos para a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais como: i- a determinação da conduta devida, ii- a auto-restrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas, iii- a inadequação dos mecanismos processuais tradicionais para a tutela dos direitos sociais, iv- a escassa tradição de controle judicial na matéria.⁴⁵

Em primeiro lugar, o problema de exigir a prestação dos direitos fundamentais sociais tem a ver com a dificuldade de se especificar concretamente qual seja a conduta devida pelo Estado, em outras palavras, no que consiste o conteúdo do direito social. A essa assertiva é possível contra argumentar: o entrave aludido não resulta próprio dos direitos sociais, haja vista ser difícil também definir o conteúdo de outros direitos constitucionais, tais como, o significado da propriedade ou o alcance da noção de igualdade. Nem por isso tais direitos consentem em não auferir tutela jurisdicional, razão pela qual os sociais também não devem deixar de recebê-la.⁴⁶

A auto-restrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas leva em consideração que o Estado, ao definir que direitos sociais merecem sua ação positiva, elege políticas públicas prioritárias e os juízes costumam considerar que tais opções pertencem aos órgãos políticos e não a si. Entretanto, o que existe é uma deficiência de ativismo judicial e a inconsciência de que o Poder Judiciário não só pode, como também precisa resolver esse tipo de demanda, afinal, todas as

⁴⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*, p. 53: “No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui legitimidade para definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países membros da União Européia.”

⁴⁵ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 117- 132, *passim*.

⁴⁶ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 122-123.

situações em termos de direitos sociais envolvem questões políticas ou técnicas, e se torna imperioso que o intérprete as enfrente, judicializando o que apenas aparentemente possui teor técnico ou político, se há ações ou omissões inconstitucionais por parte dos Poderes Públicos.⁴⁷

A inadequação dos mecanismos processuais tradicionais para a tutela dos direitos sociais existe porque, até recentemente, eles se desenvolveram para a tutela dos direitos civis e trabalham com a noção de direitos subjetivos clássicos, com dificuldade de lidar com os direitos subjetivos públicos. Nada obsta, todavia, sejam criadas e desenvolvidas engenharias processuais a fim de sanar a violação de obrigações que possuem como fonte, direitos sociais. Muito além disso já está o Brasil que lida diuturnamente com ações civis públicas na defesa do consumidor, do meio ambiente, das crianças e dos adolescentes e, recentemente, dos idosos, por exemplo.⁴⁸

A escassa tradição de controle judicial em matéria de direitos sociais é, ao contrário do que parece, incentivo para que se criem novas crenças a partir das atuais contingências. Há que se reverter essa cultura de não reclamar judicialmente direitos fundamentais de caráter social porque, não provocar o Judiciário gera retrocesso jurídico na medida em que é própria construção de precedentes jurisdicionais que viabiliza a conformação de princípios de atuação aplicáveis em processos análogos. Julgados favoráveis à prestação estatal de direitos sociais promovem uma mudança de atitude dos tribunais em face dessas questões e estimula os menos afortunados a buscar justiça material por essa via.⁴⁹

Nesse sentido, já se percebe que as pessoas idosas, mesmo com toda sua vulnerabilidade, têm se articulado para, por intermédio do Poder Judiciário, obter exames, próteses, remédios e objetos, como por exemplo, fraldas descartáveis – que se integram na categoria de medicamentos – a fim de receber a tutela de seu direito à saúde na medida das necessidades próprias da terceira idade. Tão importante como a atitude dos anciãos, tem sido o ativismo judicial nessa matéria,

⁴⁷ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 127-129.

⁴⁸ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p.129-131.

⁴⁹ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p.131-132.

pois, na grande maioria dos casos consultados, a reposta do Poder Judiciário foi favorável à pretensão dos idosos em matéria de saúde, que não os consideraram quaisquer pessoas a procura de atendimento, mas sim, pessoas com a particularidade de idosas a buscá-lo.

Observe-se, por exemplo, o pedido de prótese concedido na forma dessa ementa:

“Agravos de instrumento. Antecipação de tutela determinando o fornecimento de aparelho ortopédico pelo Estado. Sapato especial para correção de encurtamento de membro inferior, ocasionado por acidente. Súmula nº 65 do TJ/RJ. Deriva-se dos mandamentos dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.

Função terapêutica do aparelho, objetivando o tratamento da deformidade física sofrida pelo autor. Incidência do art. 15, § 2º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Artigo 557, *caput*, do CPC.”

Ademais, em questões de saúde, há de ser ter em conta o caráter de emergência da prestação buscada por meio de uma decisão judicial, posto que o indeferimento de tal pedido, especialmente a um idoso, pode acarretar comprometimento irreversível nas suas condições psicofísicas, ou mesmo o sacrifício de sua vida, razão pela qual se impõe a consideração do direito à saúde como um direito subjetivo do indivíduo invocável judicialmente.⁵⁰ Levando-se em conta, muitas vezes, a emergência da prestação reclamada, torna-se urgente a tutela jurisdicional em caráter liminar.

Conscientes de estar lidando com a vida e a dignidade da pessoa humana envelhecida, os tribunais têm concedido antecipadamente o direito pleiteado nessa seara, não obstante a proibição legislativa ordinária de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público e a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade dessa legislação.⁵¹

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº 10. Salvador, Janeiro/2002, p. 13.

⁵¹ Nesse sentido impõe-se a colocação de BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*, p. 127: “Uma pessoa na velhice possui uma condição física naturalmente mais debilitada, o que não lhe permite suportar, durante muito tempo, uma patologia qualquer. O que seria suportável para uma pessoa jovem ou adulta, pode ser fatal para o idoso e, assim, o rápido atendimento pode ser a diferença entre a vida e a morte.”

Veja-se a ementa em favor da marcação urgente de exames para um ser idoso:

“Constitucional. Marcação de Exame Médico. Paciente idoso. Decisão agravada que deferiu antecipação de tutela para marcação de exames médicos necessários ao réu, ora agravado, no prazo de 48 horas sob pena de multa fixada em R\$ 300,00. Obrigação Solidária dos entes federativos. Matéria pacificada pela Súmula nº 65 deste egrégio Tribunal de Justiça. Deriva-se dos mandamentos dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela”⁵²

Aliás, a referida súmula nº 65 do TJRJ contraria o entendimento de proibição de tutela antecipada contra o Poder Público, o que se confere em seus próprios termos: “Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação de tutela.”

Como ressaltado, a doutrina também opina no sentido de que, o garantido por meio dos direitos fundamentais sociais, é um mínimo vital.⁵³ No Brasil, desenvolve-se a teoria do “mínimo existencial” e em Portugal, alguns doutrinadores preferem a expressão “mínimo social”, tradução exata da formulação pioneira alemã, ao se referir a tais direitos. Mudando o vernáculo, tanto ao discorrer sobre “mínimo vital”, “mínimo existencial” ou “mínimo social”, os juriconsultos têm tratado de questões que se aproximam, embora chegando a conclusões diferentes, no sentido do quanto se pode assegurar aos indivíduos em matéria de direitos sociais, dentre os quais se destaca a saúde, direito de natureza prioritária, já que pressuposto para o gozo de qualquer outro direito fundamental.

O “mínimo existencial” é construção teórica que não possui presciência na Constituição, mas se encontra relacionada ao conceito de liberdade, aos princípios constitucionais que prevêm a igualdade, às imunidades e privilégios dos cidadãos que dele necessitam e aos desideratos da Declaração Universal dos Direitos dos

⁵² TJRJ. Agravo de Instrumento nº 2006.002.12199. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Adilson Mattoso de Gouvêa. Relator: Desembargador Marco Antonio Ibrahim. Julgada em 2007.

⁵³ ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*, p. 81.

Homens, possuindo, portanto, *status* constitucional.⁵⁴ Tal construção relaciona-se também com o problema da pobreza, especialmente da pobreza absoluta, mediante a qual não há possibilidade de inércia do Estado, pois, sem um mínimo indispensável à própria existência, não há sequer como falar de sobrevivência dos homens e se cessam as “condições iniciais de liberdade”.

O “mínimo existencial” tem força de direito, pois está implícito no princípio da dignidade da pessoa humana e na idéia de um Estado Social de Direito.⁵⁵ Como os direitos sociais podem ser apreciados quanto implementadores da justiça social, ligados ao dever comunitário de promoção da pessoa humana, infere-se que esses direitos positivos são expressão direta do Estado Social de Direito, que, além de abarcar os direitos de defesa e liberdade do Estado Liberal clássico – na medida em que a relação entre as duas dimensões de direitos fundamentais é complementar e não excludente – provoca uma distribuição justa e adequada dos bens aos mais necessitados.⁵⁶ Nesse termos, o Estado coloca o “mínimo existencial” em prática quando, por exemplo, realiza prestações de serviço público gratuitamente, como acontece com a assistência à saúde apesar da falta de contraprestação, por meio da engenharia advinda da Constituição que prevê a imunidade tributária, ou por subvenções e auxílios financeiros como ocorre no fornecimento não oneroso de remédios à população que deles carece.⁵⁷

Considera-se importante registrar que a idéia de um “mínimo existencial” não enfraquece os direitos sociais. Pelo contrário, ela aumenta as chances de que os desprovidos de condições de obtê-los por si, os recebam na estatura do essencial, o que garante sejam prestados com a máxima eficácia.⁵⁸ Ressalte-se que o “mínimo existencial” tem sua extensão aprofundada e, inclusive, maximizada, na medida da essencialidade do bem que o Estado vá prestar,⁵⁹ porque sua

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, p. 29 e 42.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, p. 30-32.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais na constituição de 1988*, p. 19.

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, p. 268.

⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, p. 268.

⁵⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 215.

substância é parte do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana,⁶⁰ razão pelo qual o “mínimo existencial” em matéria de saúde, e, particularmente, em questões que envolvam a saúde da pessoa idosa, direito de ordem prioritária e componente do teor do princípio da dignidade da pessoa humana, é, evidentemente, alargado.⁶¹

Especialmente no que concerne ao direito à saúde, pode-se afirmar que ele constitui não só direito de defesa, no sentido de respeito à integridade psicofísica do ser humano e de afastamento dos atos degradantes e desumanos, como também direito à prestações por parte do Estado em prol dos titulares de um direito subjetivo público que reclama medicamentos, exames de várias ordens, atendimento médico e hospitalar, ou seja, toda gama de fornecimento para a concreta realização desse direito fundamental dentro do limite do razoável, que afasta, por exemplo, tratamentos odontológicos não imprescindíveis, ou medicamentos de laboratórios caros, quando existem sucedâneos da mesma composição química e na mesma posologia a um custo menor.⁶²

⁶⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, p. 125.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 61: “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito 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, enfim, 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 e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para o homem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.”

Ressalte-se que quando o autor refere-se aos direitos fundamentais está se referindo, inclusive, aos direitos sociais aos quais chama de direitos fundamentais sociais. [grifou-se]

SARLET, Ingo Wolfgang, em *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*, p. 2, salienta: “Consoante já assinalado, por mais que se queira advogar a causa dos adversários da constitucionalização de um direito à saúde (como, de resto, dos demais direitos sociais), a nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria.”

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*, p. 13, nota 16.

Dessa maneira posicionou a decisão analisada, que, sem desmerecer o direito à saúde da pessoa idosa, leva em consideração a doutrina do mínimo existencial:

“...No mais, correta a r. sentença monocrática, devendo o réu fornecer os medicamentos PROPALA 250-50 mg; SIFROL 0,25, mg e SUPLAN 25 mg, todos na quantidade de 3 caixas, até o dia 5 de cada mês através de receituário médico, na quantidade e pelo tempo que for necessário, mediante comprovação periódica, devendo para isso a autora portar receitas atualizadas, *facultando ao réu, no entanto, o fornecimento de substância genérica, que contenha o mesmo princípio ativo do medicamento objeto do pedido e da sentença*, necessário ao tratamento da saúde da autora.”⁶³

Nessa linha de raciocínio, portanto, deve ser entendido o “mínimo existencial” em matéria de saúde, lembrando ainda que esse mínimo, porque composto por condições básicas para a subsistência, permanece ínsito no princípio maior da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é merecedor da máxima eficácia jurídica.⁶⁴

Há, contudo, substancial crítica às doutrinas de origem germânica acerca da “reserva do possível” e do “mínimo existencial” na conjuntura constitucional brasileira.

As aproximações das Constituições brasileira e alemã são várias, até porque muitos enunciados da Constituição de 1988 tiveram forte influência da Lei Fundamental Alemã. Todavia, não é o que acontece em sede de direitos sociais, praticamente inexistentes na vigente Lei Fundamental de Bonn, que não incorporou em seu conteúdo nenhum dos direitos sociais de segunda dimensão que faziam parte da anterior Constituição de Weimar, pela julgada má experiência com essa última.⁶⁵

Explica-se: a Constituição de Weimar, datada de 1919, foi uma das pioneiras em matéria de positivação de direitos sociais e influenciou várias

⁶³ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.59432. 9ª Câmara Cível. Apelante: Município de Saquarema. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgada em: 8. 01. 2007. [Grifou-se]

⁶⁴ No mesmo sentido, DE BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

⁶⁵ KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 36-38.

constituições ocidentais. Mas, na ótica do pós-guerra alemão, ela significou uma Carta fracassada, até mesmo um contributo para proliferação do regime nazista a partir de 1933 e suas formulações de cunho social foram entendidas, tanto pela direita, quanto pela esquerda, como “promessas vazias do Estado burguês”.⁶⁶ Corroborar esse entendimento o fato de o primeiro ato governamental do Reich alemão, o chamado Conselho do Povo, ter sido o restabelecimento da proteção ao trabalhador e a fixação de prazo para a positivação de novas políticas sociais em 1918, que, no ano seguinte, são incorporadas à Constituição de Weimar – especialmente no que concerne à saúde – na forma de direitos previstos nos artigos 7, 7º, 8º, 119 e 161.⁶⁷

Por isso, em 1949, o Poder Constituinte rechaçou a normativa que atribuía direitos sociais prestacionais, não lhes conferindo quase nenhum espaço. Apesar do conceito de Estado Social estar contido no art. 20 da Lei Fundamental, os intérpretes não lhes designam a conformação de direitos, mas de “mandados”, sem o condão de instituir direitos subjetivos passíveis de concretização.⁶⁸

Note-se, entretanto, que a teoria do “mínimo social” é formulação alemã que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os chamados direitos de liberdade, e não aos direitos de segunda dimensão, onde se inserem os direitos sociais e, respectivamente, o direito à saúde. Trata-se tal “mínimo” de construção desse mesmo pós-guerra “que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional.”⁶⁹

Veja-se, pois, que a transferência da dogmática do mínimo social para o Brasil, aqui desenvolvido pela doutrina como mínimo existencial, abarcando apenas os direitos sociais – dentre eles o direito à saúde – não parece de todo acertada, pois não há juristas que defendam que dificuldades orçamentárias

⁶⁶ Expressão de KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*, p. 38.

⁶⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 22.

⁶⁸ KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*, p. 39-40.

⁶⁹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*, p. 60.

possam restringir a um mínimo existencial a consecução dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que também podem ser custosos.⁷⁰

⁷⁰ Sem desconsiderar os argumentos da “reserva do possível” e do “mínimo existencial” o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, consoante nosso entendimento, no sentido de o Poder Judiciário dever imiscuir-se nas questões, que, antes de tudo, têm base constitucional. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 29.04.2004: “Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: “Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art.59, § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da

Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do

Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parecemos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais

Mas o direito social à saúde é peculiar, pois o direito à vida encontra-se atrelado a ele. E a tutela da vida não requer apenas atitudes de defesa à integridade psicofísica da pessoa humana por parte do Estado, mas também atitudes positivas dele, uma vez que a proteção desse direito fundamental clássico depende também da prestação de serviços públicos, a fim de que os indivíduos não passem por graves intimidações à sua própria liberdade. Assim, o critério da viabilidade orçamentária poderá ser relativizado quando a querela jurisdicional envolver a vida humana, direito constitucional fundamental de primeira dimensão, cuja eficácia – a preservação da integridade psicofísica da pessoa humana – depende de condições materiais oferecidas pelo Estado.⁷¹ Nesse sentido, o fragmento do julgado que condena o Município a prestar medicamentos adequados às necessidades de pessoa idosa:

como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos.”

⁷¹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*, p. 47.

“...Pouco importa que o medicamento pleiteado não conste da lista de entidade administrativa. Na presente demanda, objetiva-se a proteção de um direito individual fundamental, qual seja, o direito à vida. Como já salientado, assegurar o direito à vida a uma pessoa, propiciando-lhe medicação específica que lhe alivie o sofrimento e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível, é garantir-lhe o direito de sobrevivência, finalidade do Estado. Em face de sua magnitude constitucional e, pois, social, referido direito não pode se submeter a exigências administrativas – *ipso facto*, hierarquicamente inferiores aos comandos constitucionais e legais – que obstaculizem sua efetiva proteção. Em suma, o procedimento aludido pela municipalidade é inconstitucional e ilegal, pois contrário à concretização do direito individual fundamental à vida digna. Não prospera o argumento referente à ausência de previsão ou insuficiência de recursos orçamentários, uma vez que o custeio da saúde municipal deve constar, por exigência constitucional, de sua dotação orçamentária, a qual recebe, inclusive, contribuição da União, através de repasses do SUS. Ademais existe a viabilidade de compensação entre os órgãos dos entes federados, consoante o inciso VII, do art. 35, da Lei 8.080/90. Nesse esteio, inadmissível o cidadão ver-se prejudicado, por conta de eventuais entraves burocráticos, sobrelevando-se o direito à saúde e à vida esculpido no rol do art. 5º da Constituição Federal, com os quais o Estado não pode barganhar, pois que norteados pelos princípios fundamentais da República, consubstanciados na cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III, da CRFB) [...]

Na espécie, restou demonstrado pela documentação que se cuida de pessoa idosa, com 72 anos de idade (fls.07), cuja natural condição revela a imprescindibilidade do uso continuado dos remédios para preservação de sua saúde. Diante dessas considerações incide também a tutela específica estatuída pelo art. 15, *caput* e § 2º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)”⁷²

O precedente ora estudado também leva em conta que o direito pleiteado tem aplicação imediata na forma do art. 5º, § 1º da Constituição da República:

“Deveras, a Constituição da República denomina ‘direitos individuais’ o conjunto de direitos concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança, à propriedade e, nos termos do § 1º do seu art. 5º, as normas definidoras desses direitos têm aplicação imediata, inserindo-se, portanto, o fornecimento de medicamento aos carentes, na esfera da atuação obrigatória do Poder Público, na preservação da vida”⁷³

Noutro sentido, que com o trazido à baila não se desarmoniza, já se posicionava a doutrina de que não só o direito aos medicamentos, como medidas de preservação da vida e consectários do direito à saúde, merecia a aplicação imediata proveniente do art. 5º, § 1º da Constituição. Assim, os direitos sociais do art. 6º, entre os quais se destaca o direito à saúde, não obstante sua colocação

⁷² TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.50395. 2ª Câmara Cível. Apelante: Município de Barra Mansa. Apelado: Raimundo da Cunha. Relatora: Desembargadora: Suimei Meira Cavalieri. Julgada em: 24. 11. 2006.

⁷³ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.50395. 2ª Câmara Cível. Apelante: Município de Barra Mansa. Apelado: Raimundo da Cunha. Relatora: Desembargadora: Suimei Meira Cavalieri. Julgada em: 24. 11. 2006.

topográfica no âmbito da Carta brasileira, estariam sujeitos à idêntica aplicabilidade imediata dos contidos no rol do art. 5º, por também conformarem direitos fundamentais, logo, capazes de ordenar aos Poderes Públicos a maior eficácia na sua concretização. Desse modo proclama-se que os enunciados normativos que contêm direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicados, sem a necessidade da ingerência do legislador para que, definitivamente, não fiquem à espera da disponibilidade dos órgãos estatais.⁷⁴

Pelo exposto, não se entende que os direitos fundamentais sociais plasmados na Constituição necessitem, para se efetivar, de opções políticas do legislador em função do pluralismo ideológico ou por força de limitações jurídicas de fato,⁷⁵ já que a previsão constitucional parece suficiente para justificar sua prelação pelo poder constituinte originário, de conformação absolutamente democrática. Todavia, para os que assim não entendem, basta observar, no que toca o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação infraconstitucional que reafirma a sua jusfundamentalidade. A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080 de 1990) dispõe em seu art. 2º que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício.” E o Estatuto do Idoso prevê o direito à saúde dentro do Título II da Lei 10.741, que trata dos direitos fundamentais da pessoa idosa.

Nesses casos, quando já se implantou o serviço público que vá atender um direito fundamental, o não prestá-lo em desobediência à lei ordinária, dá ensejo ao mandado de segurança, também pelo fato de o impetrante ser titular de um direito subjetivo em face do Estado.⁷⁶

“DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. REEXAME OBRIGATÓRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. [...] 2- SENTENÇA QUE RECONHECEU O DEVER DO MUNICÍPIO DE FORNECER DETERMINADOS MEDICAMENTOS À IMPETRANTE,

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*, p. 9.

⁷⁵ Posição de DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 386.

⁷⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*, p. 32.

PORTADORA DA DOENÇA DE PARKINSON, UMA VEZ QUE ESTA NÃO TEM CONDIÇÕES DE SUPORTAR OS SEUS ELEVADOS CUSTOS.

3- É DEVER SOLIDÁRIO DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS GARANTIR A SAÚDE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS, 6º, 23, II, 24, XII, 194, 195, 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA LEI 8.080/90, BEM COMO DO ART. 15, § 2º, DO ESTATUTO DO IDOSO, LEI 10.741/2003.”⁷⁷

Outra ementa da mesma Câmara Cível também concede segurança à pessoa idosa portadora de doenças próprias da velhice, nos mesmos termos da supra citada:

DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. REEXAME OBRIGATÓRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. [...]

2- SENTENÇA QUE RECONHECEU O DEVER DO MUNICÍPIO DE FORNECER DETERMINADOS MEDICAMENTOS À IMPETRANTE, PORTADORA DE *OSTEOPOROSE SENIL, INSUFICIÊNCIA VASCULAR CEREBRAL COM ATAQUES ESQUÊMICOS TRANSITÓRIOS* UMA VEZ QUE ESTA NÃO TEM CONDIÇÕES DE SUPORTAR OS SEUS ELEVADOS CUSTOS.

3- É DEVER SOLIDÁRIO DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS GARANTIR A SAÚDE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS, 6º, 23, II, 24, XII, 194, 195, 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA LEI 8.080/90, BEM COMO DO ART. 15, § 2º, DO ESTATUTO DO IDOSO, LEI 10.741/2003.”⁷⁸

Apesar de os precedentes analisados fazerem expressa menção ao art. 15, § 2º do Estatuto do Idoso, há o que se criticar em sua fundamentação na medida em que observam que a parte que requer a segurança não tem condição de suportar os elevados custos do medicamento que requerem. O referido artigo e parágrafo dispõem expressamente: “Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.” Ora! Parece claro que o Estatuto do Idoso não deixou margem de dúvidas para que todos os idosos, bem ou mal abastados, tenham o direito de recebê-los gratuitamente.⁷⁹

⁷⁷ TJRJ. Recurso do duplo grau obrigatório de jurisdição. nº 2006.009.00252. 7ª Câmara Cível. Impetrante: Lucy Cunha Paulsen. Impetrado: Município de Niterói. Relatora: Desembargadora Helena Candida Lisboa Gaede. Julgada em: 4. 04. 2006.

⁷⁸ TJRJ. Recurso do duplo grau obrigatório de jurisdição. nº 2006.009.00050. 7ª Câmara Cível. Impetrante: Carminda Couto Justi. Impetrado: Município de Barra do Piraí. Relatora: Desembargadora Helena Candida Lisboa Gaede. Julgada em: 18. 04. 2006.

⁷⁹ A fim de esclarecer o sentido de prótese e órtese, vale-se da lição de VILAS BOAS, Marco Antonio. *Estatuto do idoso comentado*, p. 39: “Há uma classificação ortodoxa entre órtese e

Trata o art. 15, § 2º do Estatuto do Idoso de norma protetiva do ser humano vulnerabilizado pela idade e pelo convívio com mais doenças que a população jovem não vivencia, e, por tais vicissitudes, passível de se super endividar por gastos com medicamentos ou de ter sua existência reduzida ao consumo deles.⁸⁰ Por essas razões e pelo princípio do melhor interesse do idoso, as prestações de medicamentos, exames laboratoriais, e afins serão gratuitas para a pessoa idosa, sem se questionar sua condição financeira. Aliás, onde a Lei não restringiu o direito, não cabe ao intérprete fazê-lo. “A problemática do idoso não se exaure na tutela do cidadão, somente, ou do cidadão pobre; é preciso superar a lógica típica da emergência e ‘olhar adiante’, e em tempo realizar uma situação fundada sobre o fisiológico.”⁸¹

Melhor, nesse sentido, parece a decisão que se baseia na normativa constitucional, na Lei do SUS e, principalmente, no art. 15, § 2º do Estatuto do Idoso, sem tocar nas condições sócio-econômicas do idoso para obrigar o Município à prestação de remédios e fraldas geriátricas, como se entrevê:

“Tratam os presentes autos, de Apelação interposta as fls. 55/62 por ente federativo municipal, em ação que veicula pretensão de obrigação de

prótese, diferenciando-as, eis que a lei não pode ter palavras inúteis ou equivalentes. E não contém, porque as palavras não são sinônimas. A prótese consiste num dispositivo implantado no corpo para suprir a falta de um órgão[...] Órtese já se distingue claramente pois é apenas um dispositivo, instrumento ou artifício para a recuperação parcial de um membro ou órgão já existente e ineficaz por si só. Uma perna mecânica e uma dentadura são próteses; um aparelho corretivo para os dentes pode ser uma órtese (serve para pôr os dentes em ordem).”

⁸⁰ Nesse sentido, Faculdade de Farmácia, UFMG, Belo Horizonte e ENSP Sergio Arouca, FIOCRUZ, Rio de Janeiro. *Composição dos gastos com medicamentos utilizados por aposentados e pensionistas com idade igual ou superior a 60 anos em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil*. In: Cadernos de Saúde Pública. V. 23. nº 6. Rio de Janeiro. Junho, 2007, p. 1: “O objetivo do presente estudo foi analisar a composição dos gastos privados com medicamentos utilizados por indivíduos com 60 anos ou mais de idade, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. A população estudada foi uma amostra representativa de aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) nessa faixa etária e residentes no Município de Belo Horizonte, entrevistados num inquérito domiciliar. Foram calculados os gastos mensais com medicamentos obtidos no setor privado e analisada sua composição considerando as características dos medicamentos. Responderam ao inquérito 667 indivíduos. Foi observado um gasto mensal privado médio de R\$ 122,47 (US\$ 38,91) com os medicamentos utilizados pelos participantes. Os grupos terapêuticos que representaram uma maior proporção dos gastos totais foram: sistema cardiovascular (26%), sistema nervoso (24%) e trato alimentar e metabolismo (15%). Em relação à categoria de registro dos medicamentos utilizados, os medicamentos de referência foram responsáveis por uma maior proporção dos gastos totais (54%). Os resultados deste estudo podem subsidiar políticas destinadas a melhorar o acesso a medicamentos e às condições sanitárias da população idosa brasileira.”

⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 341. [Traduziu-se livremente do italiano]

fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de autor idoso, com fundamento nas normas constitucionais que informam a solidariedade dos entes integrantes da República quanto à manutenção da saúde dos cidadãos (arts. 1º, 23 e 196, CF), bem como, de normas do plexo legislativo ordinário instituidoras e reguladoras do Serviço estatal relativo à saúde (SUS) (arts. 4º e 6º, I. 'd', da Lei 8.080/90), matéria já reiteradamente julgada pela jurisprudência sendo inclusive objeto de verbete sumular (súmula 65 do TJERJ), por isso não oferecendo qualquer dificuldade devido ao teor eminentemente técnico da questão, de forma a conferir segurança bastante para o proferimento de decisão monocrática no presente processo.

A matéria discutida refere-se ao ajuizamento de ação de obrigação de fazer em função da negativa por parte da autoridade e/ou órgão municipal quanto ao fornecimento dos medicamentos: I- CONSEDILOL; II- NIMODIPINA; III- LISINOPRIL; IV- AAS; V- BENERVA, bem como FRALDAS DESCARTÁVEIS, constantes nas prescrições médicas de fls. 10, bem como do decisum de fls. 51/54, à paciente idosa (art. 15, § 2º, Lei 10.741/03) que sofre de Hipertensão Arterial Sistêmica e Isquemia Cerebral, não tendo o município réu comprovado motivo legítimo para a negativa.[...]

Pelo exposto, acolhendo os pareceres do MP em primeiro e segundo graus, com fundamento no art. 557, caput, CPC, NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO POR MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE.”⁸²

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu acerca do fornecimento de medicamento gratuitamente para pessoa idosa com fulcro na Constituição da República, porém, sem mencionar o Estatuto do Idoso; assinalando tratar-se de pessoa desprovida de recursos financeiros:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. IDOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS (MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO). ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/ STF e 211/STJ.

2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.

3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Estado configurada.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.”⁸³

⁸² TJRJ. Apelação Cível nº 7877/2006. 16ª Câmara Cível. Apelante: Município de São Gonçalo. Apelado: Adir Neves Rodrigues. Relator: Desembargador Gerson Arraes. Julgada em: 21. 03. 2006.

Nesse entorno, faz-se apologia à referência ao Estatuto do Idoso, pois somente ele promove, com a gratuidade de medicamentos, de órteses e próteses, de recursos relativos ao tratamento, habilitação e reabilitação, sem entrar no mérito da situação financeira, a desospitalização da pessoa idosa. Quer-se que os idosos obtenham as referidas prestações de forma gratuita não só, mas também, para que possam viver em seu lar, na sua intimidade e na medida do possível, afastados de um hospital ou de uma clínica, onde estariam internados. Pretende-se que o idoso seja o mais independente possível de médicos, enfermeiros e equipamentos específicos de instituições de atendimento à saúde, vivendo e se desenvolvendo em seu *habitat* natural, tendo em vista que são altos os números de morbidade e mortalidade de pacientes idosos hospitalizados.⁸⁴

Por fim, começa-se a perceber o que adiante será reforçado: a temática do “mínimo existencial”, certamente válida para evitar desperdícios e gastos desproporcionais ao necessário à dignidade da pessoa humana, quando aplicada à saúde das pessoas de idade avançada, não é, e sequer pode ser, tão mínima assim. Vale aqui ressaltar o valor do cuidado que lhes deve ser consignado por sua extrema vulnerabilidade física, psíquica e social. Amparar o idoso na forma propugnada pela Constituição significa saber cuidar de sua senescência com as singularidades que ela carrega. A desigualdade de fato dos idosos é a principal motivação desse tipo de tratamento jurídico diferenciado em seu favor, constituído por política pública advinda do Legislativo por meio de disposições como a do art. 15, § 2º do Estatuto do Idoso.

Portanto, o cuidado na seara da saúde em conformidade com a Lei 10.741 de 2003, atribui novas regras, além das previstas pela Constituição e pelas Leis do SUS, para um sistema de saúde pública específico para o idoso, oferecendo-lhe algumas prerrogativas a mais do que as destinadas às pessoas de idade jovem ou

⁸³ STJ. Recurso Especial nº 828.140- MT (2006/0067547-0). Primeira Turma. Recorrente: Estado do Mato Grosso. Recorrido: Maria Euzébia do Nascimento. Relatora: Ministra Denise Arruda. Julgado em 20. 03.2007. [grifou-se]

⁸⁴ Conforme observado por AMARAL, Ana Cláudia Santos, COELI, Cláudia Medina, ESTEVES DA COSTA, Maria do Carmo, CARDOSO, Vânia da Silva, DE TOLEDO, Ana Lúcia Araújo, FERNANDES, Carla Rodrigues. *Perfil de morbidade e mortalidade de pacientes idosos hospitalizados*. In: Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro. Novembro/Dezembro/2004, p.1616-1626.

adulta, certamente com base nas suas aludidas condições especiais de vulnerabilidade e no consectário princípio do seu melhor interesse.

4.3

O Direito à Saúde da Pessoa Idosa e o Papel do Estado na Sua Consecução

Revela-se paradoxal que o Brasil possua uma Constituição tão adiantada em termos de direitos sociais e se configure uma das dez nações com a maior economia do mundo, ao passo que trinta milhões de brasileiros vivem na situação de indigência, sem um mínimo de condição de gozo dos serviços públicos básicos como os de assistência social, moradia e saúde.⁸⁵

A Constituição da República brasileira de 1988, em seu art. 196, diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. A saúde é direito subjetivo, portanto, “refere-se necessariamente a um sujeito para significar que ele goza de uma certa posição favorável.”⁸⁶ O direito subjetivo à saúde tem como titulares todos os seres humanos do Estado brasileiro, razão pela qual trata-se de direito subjetivo público, pois, a generalidade dos indivíduos está apta a gozar da situação favorável de recebê-lo, conseqüentemente, todos os indivíduos podem exigí-lo do Estado, porque sua prestação consubstancia dever dele.

Esse dever, na forma do artigo citado, é garantido mediante políticas sociais e econômicas. Tais políticas públicas devem visar: i. à redução do risco de doença e de outros agravos, ii. ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, na forma do referido art. 196.

Observa-se, portanto, que a primeira política em prol da saúde traçada pelo Estado tem caráter preventivo. Ao se referir à redução do risco de doença e de outros agravos o texto constitucional remete a certas necessidades humanas para uma vida saudável, tais como, higiene, saneamento básico, água potável, alimentação adequada, segurança no trabalho, segurança no consumo de produtos ou serviços, vacinação para evitar deficiências, meio ambiente sadio, entre outras,

⁸⁵ KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*, p. 26.

⁸⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.

a fim de que a saúde se mantenha e se previnam doenças e outros riscos como epidemias, acidentes de trabalho ou acidentes de consumo, por exemplo.⁸⁷

Em segundo lugar, a ordem constitucional elege como política, ações e serviços que serão prestados quando a saúde já estiver, em algum patamar, combatida, visando, à sua promoção, proteção ou recuperação. Nesses casos, as políticas de prevenção às doenças e outros agravos devem somar-se às ações que atuam diretamente sobre a debilidade apresentada.

O acesso à saúde é universal, porque imbuído da obrigação de abranger a universalidade do povo do Estado brasileiro.⁸⁸

O Sistema Único de Saúde implementou-se para assegurar a saúde de todos que dele precisarem e o escolherem. Criado pela Constituição brasileira de 1988, dois anos depois se regulamentou pelas Leis 8.080 de 1990 e pela Lei 8.142, também de 1990. É composto pelo conjunto de ações e serviços de saúde oferecidos por instituições públicas federais, estaduais e municipais, e, de maneira complementar, pela iniciativa privada que se vincule ao seu sistema.⁸⁹ Ao contrário do que se possa imaginar pela realidade social encontrada na saúde pública, o SUS não foi criado para atender apenas à população carente, tal como uma política de assistência social ou somente aos seus contribuintes, como ocorre com as prestações previdenciárias.⁹⁰ A universalidade a que a Lei alude significa que o sistema público de saúde brasileiro destina-se a todos indistintamente.⁹¹

⁸⁷ CORDEIRO, Hésio. *SUS – Sistema único de saúde*. Rio de Janeiro. Editora Rio, 2005, p. 79: “O princípio de que é dever do estado garantir a saúde ‘mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos’ contempla, de forma explícita, o reconhecimento da multicausalidade e de determinação social, econômica e política do processo saúde-doença.”

⁸⁸ CORDEIRO, Hésio. *SUS – Sistema único de saúde*, p. 79: “O conceito de universalidade de cobertura é análogo ao reconhecimento de todos à saúde. Há quem o questione, por julgar que não corresponde à realidade ou às diferenças de consumo médico, que ocorrem na sociedade, relacionado a fatores socioeconômicos ou psicossociais e diferenças culturais.”

⁸⁹ ACURCIO, Francisco de Assis. *Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil*. In: Programa Multiplica SUS: Curso Básico Sobre O SUS: (Re) descobrindo O SUS Que Temos Para Construímos O SUS Que Queremos. Brasília, 2007, p. 37 e 38.

⁹⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 158.

⁹¹ Não há, contudo, como se desprezar as experiências de quase vinte anos com o SUS, como bem explana BAHIA, Ligia. *O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro*. In: Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS. Organizadores: LIMA, Nísia Trindade, GERSCHMAN, Silvia e EDLER, Flávio Coelho. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 410: “Na

Trata-se de um sistema, porque formado por várias instituições de nível federal estadual e municipal, bem como pelo setor privado, contratado ou conveniado, possuindo todos esses órgãos o mesmo corpo sistemático único, isto é, com a mesma filosofia de atuação em todo território nacional.⁹²

O acesso à saúde pública tem concepção igualitária, de modo que todos os seres humanos que recorram ao Estado tenham o mesmo nível de tratamento, sem qualquer tipo de discriminação. No entanto, há de se observar que igualdade no serviço público de saúde significa o implemento de ações estatais nas regiões que mais necessitam dele, de modo que seria até inconstitucional a construção de um hospital público em região predominantemente abastada de recursos materiais, que se sirva de atendimentos privados, em detrimento da sua instalação nas regiões onde há escassez e pobreza.⁹³

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 não consagra um modelo de Estado mínimo, “que tende a atribuir todos ou quase todos esses encargos aos indivíduos ou a grupos privados”⁹⁴ e também não recepciona a concepção de Estado social de Jorge Miranda, “que aceita assumir os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não podem pagar as prestações os mesmos direitos a que têm acesso aqueles que as podem pagar,”⁹⁵ mas o que o autor mencionado chama de Estado assistencial, “que tende, pelo contrário, a confiá-los ao Estado.”⁹⁶ Cumpre registrar que a maioria da população brasileira

prática, as diretrizes legais do SUS, embora intactas, não foram suficientes para conter movimentos que o moldaram segundo princípios distintos dos promulgados pela Constituição de 1988. Quinze anos após seu batismo legal, o SUS é considerado por uma grande parcela de dos profissionais da saúde, órgãos da imprensa, determinadas autoridades governamentais, empresários e sindicalistas como um sistema para pobres. A solução aparentemente realista e eficaz para acomodar as tensões tem sido encarada pelos otimistas como etapa de um processo de amadurecimento que evoluirá para a conformação de um sistema de fato único. Os pessimistas o vêem como demonstração cabal da ineficiência do público e da imprescindibilidade do privado. Ambas as interpretações supõem a impossibilidade de uma universalização, em curto prazo, e, de certo modo, admitem uma complementaridade harmoniosa entre sistemas diferenciados pelo *status* socioeconômico das demandas.”

⁹² ACURCIO, Francisco de Assis. *Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil*, p. 38.

⁹³ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*, p. 161.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, p. 395.

⁹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, p. 395 e 396.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, p. 395.

depende do Sistema Único de Saúde numa proporção de 75%. Apenas 20 a 25% do total de habitantes possuem plano privado de saúde.⁹⁷

Jungida à universalidade e à igualdade nas prestações de saúde existe uma regra que, embora não mencionada pela Constituição, encontra-se implícita na acepção social própria do direito à saúde pública no Estado brasileiro. Trata-se da regra da gratuidade dos serviços públicos de saúde, corroborada pelo art. 43 da Lei 8.080 de 1990: “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando as cláusulas dos contratos e convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

Ressalte-se que as ações e serviços em prol da saúde são de ordem pública, logo, não podem ser afastados por pessoa alguma que se conforme em não recebê-los. Esse tipo de negociação com o Estado é vedado.

Na forma do art. 197, a Constituição dispõe sobre a relevância pública das ações e dos serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único, consoante seu art. 198. Assim, a rede de atendimento do Sistema Único de Saúde distribui-se por regiões, de acordo com necessidades dadas em virtude da sua extensão geográfica e da densidade populacional. A hierarquia corresponde à divisão da rede em atendimentos de grau primário, de baixa, de média e de alta complexidade. Nesse sentido, sugere-se que os Estados mantenham hospitais de alta complexidade, visto que possuem um conhecimento regional da situação da saúde em seus confins e os Municípios mantenham a responsabilidade pelos procedimentos primários e de baixa complexidade, de forma que bem se integrem Estados e Municípios a fim de racionalizar custos sem prejudicar usuários.⁹⁸

Tem-se, pois, um sistema único, que não admite a existência de outros sistemas de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes dos incisos I, II e III do art. 198:

i. “descentralização, com direção única em cada esfera de governo;” que condiz com a hierarquia e a regionalidade já mencionados. Aqui, descentralizar significa dotar o Município da obrigação de, primordialmente, executar os

⁹⁷ BAHIA, Ligia. *O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro*, p. 436.

⁹⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*, p. 165.

serviços de saúde, por reconhecer as demandas locais e possuir capacidade de desenvolver ações preventivas e de tratamento mais condizentes e satisfatórias de acordo com sua realidade. Recorde-se que o art. 30, inciso VII da Constituição diz que “compete aos Municípios [...] prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.” Nesse ponto, as atividades da União e até mesmo dos Estados, acabam sendo subsidiárias às do Município, que lhes entregará aquilo que não for de sua alçada por abranger extensão regional ou nacional e os procedimentos que não puder realizar de maneira adequada, sempre contando, nos dizeres do art. 30, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Todavia, a descentralização pode ser revertida se o Município ou o Estado incorrerem em práticas ilegais na forma do art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.142 de 1990 que dispõe: “O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em (*sic*) que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.”⁹⁹

A direção única em cada esfera de governo significa que, no âmbito da União, tal direção executar-se-á pelo Ministério da Saúde e nos Estados, Distrito Federal e Municípios, a exercerão as Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes, de acordo com o art. 9º da Lei 8.080 de 1990, que regulamenta a normativa constitucional.

ii. “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;” significando que o usuário do sistema deve ser visualizado em seu todo, e não como um amontoado de partes, inclusive, inserido numa comunidade, de modo que as ações de saúde devem se voltar tanto para o usuário quanto para o ambiente em que se encontra, a fim de prevenir doenças e a realizar devidamente o tratamento.¹⁰⁰

Já a prioridade atribuída às atividades preventivas inclui fornecer medicamentos aos que necessitam, mesmo que não estejam hospitalizados. Quanto aos serviços assistenciais, o Sistema Único de Saúde possui o dever de prestá-los integralmente, independente do tipo de doença ou agravo apresentado

⁹⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*, p. 166-167.

¹⁰⁰ ACURCIO, Francisco de Assis. *Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil*, p. 38.

pelo indivíduo, da complexidade e do custo do seu tratamento, ainda que a patologia apresentada não se inclua na sua listagem de serviços usuais.¹⁰¹

iii. “participação da comunidade”; como ferramenta de gestão participativa, a qual confere espaço à formulação, execução, influência, também por meio do povo, nas políticas públicas democraticamente consideradas prioritárias, além de arredar exercícios paternalistas e implementar a responsabilidade comunitária.¹⁰² Tratada na Lei 8.080 de 1990 em seu art. 7º, inciso VIII, a participação da comunidade foi desenvolvida na Lei 8.142 de 1990.¹⁰³

Atente, inclusive, para a importância do dispositivo do parágrafo 4º que dá grande importância às posições dos usuários do sistema: “A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais seguimentos.”

Certo é que, se o Estado tem o dever de prestar saúde à população, os recursos para tal múnus possuem um manancial. Assim, o parágrafo primeiro do referido art. 198 diz que o Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, por toda a sociedade, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Observa-se, portanto, que o povo, beneficiário do direito à saúde, por meio de tributos pagos ao Estado, é, em princípio, quem o abastece de expedientes, os quais lhe serão retransmitidos na forma de políticas públicas de prevenção, promoção, proteção e recuperação da sua saúde.¹⁰⁴ Mas, como dito, não apenas o

¹⁰¹ WEICHERT. Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*, p. 170-171.

¹⁰² WEICHERT. Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*, p. 171.

¹⁰³ A Lei 8.142 de 1990 em seu art. 1º criou a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. Segundo reza o parágrafo 1º desse artigo: “A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos *vários segmentos sociais*, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.”¹⁰³

E o parágrafo 2º subsequente, completa: “O Conselho de Saúde, em caráter permanente e *deliberativo*, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais da saúde e *usuários*, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo.”

¹⁰⁴ CORDEIRO, Hésio. *SUS – Sistema único de saúde*, p. 79: “O conceito de seguridade social, envolve ações de ‘iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, previdência e assistência social’ (Título VIII, Cap. II, Seção I, art. 194, da Constituição Federal). Ao incluir a saúde nesse conceito, superou o conceito tradicional de

orçamento da seguridade social destinar-se-á à saúde, a ele serão adicionados recursos próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Todavia, a experiência demonstra que o Estado brasileiro ainda não conseguiu atingir a meta de prestar assistência sanitária adequada e suficiente para que cada ser humano tenha o digno tratamento de sua saúde e a preservação de uma vida digna.

O Sistema Único de Saúde demanda maior racionalidade, de modo que serviços sejam oferecidos mediante as necessidades da população e não como se observa hoje, em muitos lugares, a presença de hospitais altamente equipados e médicos especializados sem a contrapartida de serviços básicos de saúde e clínicos gerais; ademais, necessita de grau maior de eficiência para resolver as questões de saúde e doença com qualidade, valendo-se de técnicas mais adequadas, de acordo com a realidade local e a disponibilidade de recursos, esses, devendo ser usados da melhor maneira possível, afastando o desperdício. Os equipamentos da saúde pública também devem ser apropriados para lograr os resultados que deles se esperam e os profissionais treinados para bem exercer suas funções.¹⁰⁵

Mas o maior problema do Sistema Único de Saúde parece ser seu financiamento. Ele conta com contribuições sociais sobre o faturamento e o lucro, na forma do art. 195, inciso I da Constituição que, conforme gerenciadas, mostram-se absolutamente insuficiente para garantir o custeio das suas despesas.

Parece que, ciente da dificuldade de se implementar um sistema de saúde gratuito e para todos no contexto econômico e social brasileiro, o próprio documento constitucional, em seu art. 199, previu que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, de forma a complementar o Sistema Único de Saúde, mas segundo diretrizes traçadas pelo Estado, que privilegiam entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na forma do parágrafo 1º do artigo citado. Dessa maneira, o Poder Público regula e fiscaliza a assistência privada à saúde, que se dá por meio dos chamados planos privados de saúde que, pagos por seus usuários, complementam o Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público

‘seguro-social’. Esse compreende apenas os direitos dos contribuintes diretos, enquanto o de seguridade envolve direitos de contribuintes e não contribuintes, estes cobertos pelas receitas tributárias, portanto, por toda a sociedade.”

¹⁰⁵ ACURCIO, Francisco de Assis. *Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil*, p. 38.

ou convênio, realizados com o órgão estatal de acordo com o parágrafo primeiro do referido artigo.

Percebe-se uma ordem de prioridade no oferecimento dos serviços de saúde. Em primeiro lugar a saúde deverá ser prestada pelas unidades públicas. Caso sejam essas incapazes de atender a todos os casos, em segundo lugar, o Poder Público priorizará entidades filantrópicas e sem fins lucrativos; só em último caso, comprovada a carência do setor público e filantrópico sem fins lucrativos é que o Sistema Único de Saúde pode realizar contratos ou convênios com instituições privadas, que possuem finalidade de lucro, desde que exerça seu poder de polícia a fim normatizar, fiscalizar e controlar a atuação desses serviços.

Ao Poder Público também é conferido o direito de se ressarcir dos dispêndios que sofrer com o acolhimento de um cidadão que possua plano privado de saúde por opção, ou por contrato empregatício. É que a gratuidade do Sistema Único de Saúde ocorre entre ele e os cidadãos, mas não entre ele e as empresas privadas prestadoras de serviços de saúde, de modo que o próprio art. 32 da Lei 9.656 de 1998, a chamada Lei dos Planos de Saúde, determina que as operadoras dos planos devem ressarcir as instituições públicas ou privadas integrantes do SUS, quando estas prestarem serviços de atendimento à saúde abrangidos pelos respectivos contratos.

Desse modo, evita-se o locupletamento sem causa justa do setor privado em desfavor do órgão público, pois, se o consumidor paga pela manutenção de sua saúde, nada mais justo que, quando atendido na esfera pública, tenha os ônus do seu tratamento repassado à instituição privada que deve se responsabilizar por ele. Trata-se, portanto, de um importante instrumento da própria coletividade de se compensar do gravame em que incorreu.

Dentre todas as pessoas que necessitam do acesso à saúde, os idosos encontram-se na categoria de pessoas que necessitam mais. Isto ocorre em virtude do próprio envelhecimento que torna o corpo e a mente humana, em medida maior, suscetíveis de adoecer. Em caráter preventivo, os idosos precisam de condições especiais para viver sua maturidade de maneira saudável; se doentes, pela fragilidade que a idade lhes impõe, necessitam de uma tutela incisiva do Estado para recuperar e promover sua saúde.

No Título II do Estatuto do Idoso, que versa sobre os direitos fundamentais da pessoa idosa consta inserido, no Capítulo IV, o direito à saúde.

Dentre as políticas públicas mais importantes para garantir a vida digna do idoso destacam-se as de saúde traçadas pelo seu Estatuto, na forma do art. 15, § 1º que disciplina que a prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de políticas sociais previstas nos incisos, II, II, III, IV e V do artigo aludido. Em princípio, cumpre observar o significado de prevenção e de manutenção da saúde do idoso. Prevenção quer dizer: chegar antes que a doença ou agravo estejam instalados, evitar que o idoso tenha sua saúde debilitada; enquanto manutenção expressa a tomada de medidas necessárias para a conservação ou permanência da situação de saúde do idoso. Ambas tratam-se de medidas profiláticas, sendo que, aqui, manutenção denota também o intuito de, pelo menos, não deixar que a saúde do idoso se torne mais precária do que se encontra. A fim de efetivar tanto a prevenção quanto à manutenção da saúde do idoso haverá, por parte do Poder Público, na forma dos incisos citados:

I – “cadastramento da população idosa em base territorial;” ou seja, o registro público da população idosa no território brasileiro, inclusive para saber onde há maior concentração da população envelhecida e suas condições existenciais a fim de envidar esforços para sua proteção;

II – “atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatorios;” para que o idoso tenha atendimento peculiar em suas especificidades num local onde possam ser realizados, rapidamente, primeiros socorros, curativos, cirurgias pequenas, exames de baixa complexidade, de modo que o idoso não precise ficar na espera de acolhimento em um grande hospital ou clínica que possuam outras especialidades que não a geriátrica e gerontológica;

III – “unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;” que significa a manutenção, pelo Poder Público, de hospitais e clínicas de referência voltadas especialmente para o idoso.

Geriatria é a parte da medicina voltada para as doenças próprias dos velhos¹⁰⁶ e gerontologia é a ciência que estuda as problemáticas da velhice sob

¹⁰⁶ Todas as pesquisas sobre a saúde dos idosos são muito recentes e remontam ao século passado. Segundo DOLL, Johannes, *O campo interdisciplinar da gerontologia*. In: Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais. Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Janete Liasch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004, p. 93: “A

todos os seus aspectos: biológico, clínico, histórico, econômico e social. Aqui o legislador preferiu dar ênfase à gerontologia social, ou seja, a que trata dos aspectos sociais da velhice. Todavia, um gerontólogo não se preocupará apenas com as condições sociais de uma pessoa envelhecida, pois é característica inerente à gerontologia sua interdisciplinaridade;¹⁰⁷

IV – “atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;” nos casos em que a pessoa idosa necessite, por circunstâncias da sua própria doença ou por impossibilidade de locomoção,¹⁰⁸ de não sair do seu lar, seja ele seu domicílio ou instituições como asilos e similares. Essa política pública abrange os ambientes das cidades e os rurais;

V – “reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas do agravo à saúde;” onde se visa, norteados por geriatras e gerontólogos, a restituir o idoso ao estado anterior, isto é, o de saúde, por meio do arrefecimento das conseqüências do agravo sofrido.

palavra ‘geriatria’ foi introduzida em 1909 pelo médico Ignatz L. Nascher, um defensor desta especialidade médica.”

¹⁰⁷ Sobre gerontologia DOLL, Johannes, *O campo interdisciplinar da gerontologia*, p. 97-98, esclarece: “O específico da gerontologia seria, portanto, a transformação e aplicação de conhecimentos advindos de outras áreas [...] A gerontologia caracteriza-se por ser uma ciência que usa um leque de trabalhos mono, multi e interdisciplinares, mas o específico aqui é a interação dos resultados desses trabalhos, no sentido de construção de conhecimentos e teorias específicos sobre o envelhecimento.”

¹⁰⁸ As etiologias mais freqüentes de imobilidade do idoso, segundo MARINI, Maria Fernanda De Vito, BAISI, Paulo Paiva e BARBOSA, Rosiane Caseli. *Imobilidade e suas implicações – síndrome de imobilidade*. In: Geriatria: Fundamentos, Clínica e Terapêutica. Editores: DE CARVALHO FILHO, Thomaz e PAPALÉO NETTO, Matheus. 2 ed. São Paulo: Atheneu, 2005, p. 720, são: “*Neurológicas*: cerebrovasculares, neurodegenerativas, acidente vascular encefálico, neuropatias, Doença de Parkinson, etc.

Musculoesqueléticas: osteoartrose, seqüelas de fraturas, problemas nos pés, deformidades, osteoporose, osteomalácia, causas musculares, amputação, síndrome pós-pólio, etc.

Cardiovasculares: insuficiência cardíaca, insuficiência coronária, insuficiência vascular periférica.

Respiratórias: doença pulmonar obstrutiva crônica, dependência de oxigenioterapia.

Sensoriais: visuais, auditivas,

Quedas.

Iatrogênicas: medicamentos, imobilidade forçada por restrição física, etc.

Psíquicas: depressão, perda da motivação, medo de cair, isolamento social.

Desnutrição.

Condições ambientais inadequadas: iluminação, piso, degraus, etc.

Hospitalização prolongada.”

A política pública emanada do Sistema Único de Saúde visa a atender a todos, e, entre todos, especialmente à pessoa idosa, como consta do *caput* do art. 15 do Estatuto do Idoso, pautando-se nas regras já aludidas da universalidade, da igualdade, da gratuidade, da integralidade, da regionalização e hierarquização de serviços, da descentralização, da direção única e da participação social, adicionando-lhe a prerrogativa da prevenção do agravo à sua saúde, conforme já destacado e a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.¹⁰⁹

As doenças que afetam preferencialmente os idosos, tornando-os ainda mais vulneráveis, têm sido estudadas pela geriatria. O Sistema Único de Saúde quer que lhes seja dispensada atenção especial e, para cumprir esse desiderato cabe, em princípio reconhecê-las.

De início, se discorre acerca das chamadas injúrias geriátricas, quais sejam: a imobilidade, a instabilidade, a insuficiência cognitiva, a incontinência e a iatrogenia.

A imobilidade provoca a incapacidade de deslocamento do idoso sem a ajuda de outra pessoa para satisfazer suas necessidades diárias. Mesmo uma imobilidade temporária, por exemplo, a que decorre de reabilitação de fratura do fêmur, tem o condão de gerar atrofia muscular, aumento de reabsorção dos ossos, rigidez articular, o que aumenta as possibilidades de incontinência e de úlceras de pressão. Quando duradoura a constância no leito, prejudica-se a ventilação das bases dos pulmões, podendo ocasionar alojamento de processos de infecção. Essa complexidade de acontecimentos patológicos gera efeito dominó, com sucessivos problemas de saúde desencadeados concomitantemente, o que desafia a medicina geriátrica.¹¹⁰ Como conseqüências da imobilidade tem-se “a perda da independência, constipação intestinal, risco de trombose venosa, embolia

¹⁰⁹ “É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.”

¹¹⁰ GUIMARÃES, Renato Maia. *Os compromissos da geriatria. In: Sinais e Sintomas em Geriatria*. 2 ed. Editores: GUIMARÃES, Renato Maia e CUNHA, Ulisses Gabriel de Vasconcelos. São Paulo: Atheneu, 2004, p. 3.

pulmonar, úlceras de decúbito, osteoporose”,¹¹¹ podendo também acarretar instabilidade postural, incontinências e insuficiência cerebral.

Outro problema comum nos idosos é a instabilidade postural que gera altos índices de fratura em idosos devido às quedas. A instabilidade postural decorre da perda de equilíbrio advinda de outras doenças e, como consequência, provoca contusões e feridas, fraturas e lesões no sistema nervoso central nas situações mais gravosas, além de abalar psicologicamente o idoso por lhe causar o receio de outra queda e por poder causar imobilidade.¹¹²

Os fatores que proporcionam instabilidade postural podem ser mais comuns na própria velhice, como o “déficit sensorial, cognitivo, doenças neurológicas, osteoartrose, miopatias, doenças cardiovasculares, vestibulares e transtornos do humor”¹¹³, mas também podem advir de um ambiente impróprio para a pessoa idosa, tais como: “iluminação inadequada, pisos escorregadios, mobiliário, vestuário e o transporte não adaptado às necessidades desse usuário.”¹¹⁴ O uso de remédios e o abuso no uso do álcool ou de outras drogas também geram instabilidade.

A insuficiência cognitiva embaraça a independência funcional e autonomia do idoso, uma vez que compromete as funções encefálicas e a habilidade intelectual. Há, em certos idosos, dificuldades de memória recente, lentificação do curso do pensamento, dificuldades no uso da linguagem.¹¹⁵ O comprometimento cognitivo leve atinge 7% dos idosos acima de 65 anos e se identifica por: queixa de dificuldade de memória confirmada por parente ou cuidador, distúrbio de memória constatado em teste neuropsicológico específico, queixa de dificuldade no aprendizado e da atenção concentrada, queixa de fadiga mental, no entanto, com funções cognitivas gerais preservadas – com exceção do comprometimento de memória – manutenção das atividades da vida diária e ausência de critérios

¹¹¹ PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*. In: Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais, p. 263.

¹¹² PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*, p. 262.

¹¹³ PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*, p. 262.

¹¹⁴ PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*, p. 262.

¹¹⁵ STELLA, Florindo. *Funções cognitivas e envelhecimento*. In: Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais. Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Janete Liasch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004, p. 284-285.

clínicos suficientes para a confirmação da doença de Alzheimer ou outro processo demencial.¹¹⁶

Mas os idosos são freqüentemente assolados por demências que se dividem em degenerativas, decorrentes de um processo de atrofia cerebral progressiva como a demência de Alzheimer, a demência com corpos de Lewy, a demência frontotemporal, também conhecida como doença de Pick, a demência resultante da doença de Parkinson,¹¹⁷ e, eventualmente, por demências adquiridas como a vascular, que provoca acidentes vasculares cerebrais, traumas crânio encefálicos, associadas a processos infecciosos como meningoencefalite, AIDS, entre outros e ao uso de certas substâncias como álcool e outras drogas.¹¹⁸

A partir de uma doença cerebral, o idoso pode apresentar seqüelas que levam à instabilidade postural, às incontinências e à imobilidade.¹¹⁹ Pacientes que apresentam doenças mentais constituem um enorme encargo para suas famílias e seus cuidadores, razão pela qual esses também devem ser tratados numa perspectiva de suporte.¹²⁰

A incontidência pode ser urinária, fecal, ou ambas ao mesmo tempo. Apresenta-se como a perda involuntária de urina e/ou fezes que constitui um problema que atenta contra a dignidade da pessoa idosa, causando-lhe deterioração da qualidade de vida e da auto estima, isolamento social e hospitalização; além de lhe acarretar situações deficitárias de higiene e saúde ocasionando maus odores, lesões na pele, infecções recorrentes e quedas, resultando, pois, em instabilidade postural e, em casos mais graves, imobilidade.¹²¹

Chama a atenção o fato de certos trabalhadores da saúde não darem a devida importância às grandes manchas de urina nos lençóis de um idoso e se preocuparem imediatamente quando percebem uma gota de sangue. Trata-se de

¹¹⁶ STELLA, Florindo. *Funções cognitivas e envelhecimento*, p. 286-287.

¹¹⁷ STELLA, Florindo. *Funções cognitivas e envelhecimento*, p. 288-295.

¹¹⁸ STELLA, Florindo. *Funções cognitivas e envelhecimento*, p. 288.

¹¹⁹ PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*, p. 263.

¹²⁰ GUIMARÃES, Renato Maia. *Os compromissos da geriatria*, p. 4.

¹²¹ PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. *Promoção da saúde*, p. 262.

uma inversão de valores já que a mancha de sangue é facilmente identificável, podendo mesmo ser trivial, enquanto as causas de incontinência urinária são complicadas assim como também suas conseqüências. A imobilidade de um idoso pode desencadear diarréia espúria e incontinência fecal. Por meio do toque retal e da realização de enema pode resolver-se o que parecia crônico, pois a incontinência pode ser cuidada, mesmo considerando que, nesses casos, o tratamento tem seus limites.¹²²

Por fim, iatrogenia é a complicação decorrente de uma ação ou omissão médica. Quanto às ações, podem ser medicamentosas, como o uso imoderado de remédios que, com o fito de sanar todos os sintomas apresentados pela pessoa idosa, terminam sendo maléficos, a ponto de causarem instabilidade postural, incontinência, insuficiência cerebral e imobilidade; podem ser prescrições dietéticas muito severas que, ao invés de causar benefícios, acarretam danos; pode ser até a chamada iatrogenia da palavra, onde idoso, parentes e cuidadores confiam tanto nas opiniões médicas que nem as questionam. Dessa ausência de conhecimento nascem concepções erradas como: “o problema é da velhice”, “não há o que fazer” e assim se instala a iatrogenia por omissão, que exclui o idoso da reabilitação física ou psíquica pela crença equivocada de que não é possível readquirir autonomia funcional. Há casos em que o tratamento pode reverter a depressão e a confusão mental, mas, por ignorância quanto aos benefícios dos antidepressivos, apegados aos riscos de que ouviram falar, tais medicamentos não são prescritos e, por não receberem terapêutica adequada, os idosos são comumente considerados senis.¹²³

Em segundo lugar, para orientar as ações do Sistema Único de Saúde, há dados importantes acerca da frequência de determinadas doenças que levam o idoso à hospitalização. Foram extraídos de pesquisa do ano de 2003, cujo objetivo constava em listar os procedimentos mais reiterados num universo de 2.340 procedimentos relacionados pelo próprio SUS.

O estudo demonstra que, no início da velhice, entre na faixa etária de 60 a 64 anos para o sexo feminino, o Sistema Único de Saúde hospitalizou 10,21% de casos de insuficiência cardíaca coronariana, 9,75% de doenças pulmonares, 3,81%

¹²² GUIMARÃES, Renato Maia. *Os compromissos da geriatria*, p. 4.

¹²³ GUIMARÃES, Renato Maia. *Os compromissos da geriatria*, p. 4 e 5.

de crises hipertensivas, 3,80% de enteroinfecções, 3,73% de diabetes sacarino, 3,63% de AVC agudo, 2,53% de colecistectomia, 2,41% de crise asmática, 1,93% de desnutrição, desidratação e anemia, 1,68% de intercorrência em paciente oncológico, 1,52% em diagnóstico e/ou primeiro atendimento, 1,25% de colpoperineoplastia, 1,25% de outros procedimentos perfazendo um total de 239.297 atendimentos. Nessa investigação, optou-se por excluir as internações em psiquiatria, que, se incluídas, assumiriam a terceira posição, com uma frequência de 13.596 casos. Para os homens da mesma faixa etária o Sistema Único de Saúde internou 10,7% de insuficiência cardíaca e coronariana, 10,19% de doenças pulmonares, 4,37% de AVC agudo, 3,15% de herniografia inguinal, 2,40% por crise hipertensiva, 2,37% de desnutrição, desidratação e anemia, 2,21% de enteroinfecções, 1,96% por intercorrência em paciente oncológico, 1,93% de diabetes sacarino, 1,70% para diagnóstico e/ou primeiro atendimento, 1,64% por crise asmática, 1,62% por hemorragias digestivas, 55,89% por outros motivos, num total de 260.766 atendimentos. Para tais resultados foram omitidos também os procedimentos de internações psiquiátricas.¹²⁴

A mesma pesquisa esclarece que na faixa etária dos idosos muito envelhecidos, com 80 ou mais anos, a hospitalização feminina deu-se em 16,60% por doenças pulmonares, em 15,72% por insuficiência cardíaca ou coronariana, em 7,20% por AVC agudo, em 4,37% por desnutrição, desidratação e anemia, em 4,29% por enteroinfecções, em 2,91% por crise hipertensiva, em 2,42% por diabetes sacarino, em 1,84% em diagnóstico e/ou primeiro atendimento, em 1,80% por cirurgia de fratura transtrocantérica, em 1,77% por cuidados prolongados, em 1,69% por hemorragias digestivas, em 1,65% por crises asmáticas, em 37,74% por outras causas, num total 262.632 atendimentos. Para os homens dessa faixa etária 19,63% das internações foram causadas por doenças pulmonares, 15,39% por insuficiência cardíaca e coronariana, 6,89% por AVC agudo, 4,40% por desnutrição, desidratação e anemia, 3,79% por enteroinfecções, 2,11% por crises hipertensivas, 1,77% por hemorragias digestivas, 1,77% por diagnóstico e/ou primeiro atendimento, 1,75% por crise asmática, 1,68% por pielonefrite, 1,37% por diabetes sacarino, 1,34% por afecções do aparelho

¹²⁴ NUNES, André. *O envelhecimento populacional e as despesas do sistema único de saúde*. In: Os Novos Idosos Brasileiros: Muito além dos 60? Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 434-435.

urinário, 38, 11% por outros males, numa quantia de 214.570 atendimentos, lembrando que não foram computadas as internações de ordem psiquiátrica.¹²⁵

Com base nesses estudos é possível que o Sistema Único de Saúde tenha conhecimento a respeito das doenças que afetam preferencialmente a pessoa idosa direcionando atenção especial a elas na recuperação, mas, principalmente, em nível preventivo. A prevenção das moléstias revela-se sempre positiva, pois, além de garantir a saúde do maior número de idosos, diminui os gastos do sistema público com a institucionalização dos longevos que, para além do estritamente necessário, não é maneira de se viver dignamente.¹²⁶

As especificidades a respeito da saúde da pessoa idosa trazidas à baila pelo Estatuto do Idoso no que diz respeito ao papel do Estado na prestação desse direito de ordem fundamental confirmam, diante da indiscutível vulnerabilidade física, psíquica e social dos anciãos, que o seu direito à saúde possui natureza prioritária e que esforços, como a regulamentação da Emenda Constitucional número 29 de 13.09.2000, entre outros, especialmente os orçamentários – pedra angular da saúde pública brasileira – devem ser envidados para sua adequada prestação, como reflexos do princípio do melhor interesse do idoso na prestação pública de saúde.

À guisa de conclusão da análise da saúde da pessoa idosa como direito fundamental, do papel do Estado na prestação desse direito e de passagem para o estudo da saúde da pessoa idosa prestada pela iniciativa privada, torna-se importante sustentar que:

¹²⁵ NUNES, André. *O envelhecimento populacional e as despesas do sistema único de saúde*. In: *Os Novos Idosos Brasileiros: Muito além dos 60?*, p. 444-445.

¹²⁶ CAMARANO, Ana Amélia e PASINATO, Maria Tereza. *O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas*. In: *Os Novos Idosos Brasileiros: Muito além dos 60?* Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 278: “Os ‘presumidos’ elevados custos de saúde da população idosa são, em parte, decorrentes do modelo de saúde adotado. Os custos de financiar uma população idosa com uma alta incidência de doenças crônico-degenerativas serão muito maiores do que o de financiar uma população ativa e saudável. Quer dizer, a forma como os serviços de saúde são organizados numa sociedade é um determinante importante destes custos [Lloyd-Sherlock (2002)]. *Medidas preventivas na área de saúde*, [Estima-se, por exemplo, que a diminuição das hospitalizações no período do inverno dos anos de 2000 e 2001, devido às campanhas de vacinação contra a gripe, seja da ordem de 77, 6% segundo os dados do MS...] *como, por exemplo, as voltadas para o envelhecimento saudável e para a manutenção da capacidade funcional, podem melhorar a qualidade de vida da população idosa e postergar a demanda de cuidados de longa permanência.*” [Grifou-se]

“A superação da precisa separação entre o público e o privado é urgente. Tal separação – freqüentemente exacerbada ao ponto de serem representadas como contraposições – respondem somente algumas vezes a razões acadêmicas, mas não são inteiramente coerentes com a reconstrução do ordenamento enquanto sistema unitário e complexo. A civilidade de um País mede-se não pelo número de máquinas, dos telefones, mas do tratamento reservado às pessoas com maior dificuldade, aos marginalizados, aos deficientes, da efetiva atuação histórica na centralidade da pessoa.”¹²⁷

¹²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 345. [Traduziu-se livremente do italiano]