



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade dos Entes Federativos Custearem Financeiramente o Tratamento de Doenças Raras aos Indivíduos Hipossuficientes

Gabriel Xavier de Moura Gordo

Rio de Janeiro
2014

GABRIEL XAVIER DE MOURA GORDO

A Responsabilidade dos Entes Federativos Custearem Financeiramente o Tratamento de Doenças Raras aos Indivíduos Hipossuficientes

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Artur Gomes

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A Responsabilidade dos Entes Federativos Custearem Financeiramente o Tratamento de Doenças Raras aos Indivíduos Hipossuficientes

Gabriel Xavier de Moura Gordo

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado. Pós-Graduando *Lato Sensu* pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro através da CRFB/88 e demais textos legais garante a plenitude do direito à saúde e tipifica tal garantia como o maior bem da vida existente perante toda a sociedade. Como se sabe, o Brasil é um país com grande número de indivíduos hipossuficientes e consequentemente estes não possuem capital financeiro suficiente para custear tratamento de doenças raras quando vítimas de tais. A finalidade deste trabalho é abordar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto à concessão de custos financeiros pelos entes federativos com o intuito de garantir à saúde aos necessitados.

Palavras-chave: Constitucional. Direito à Saúde.

Sumário: Introdução. 1. Direito à Saúde perante o Ordenamento Jurídico. 2. Princípios aplicáveis à tutela do Direito à Saúde e alguns exemplos de doenças raras que atingem a sociedade. 2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2. Princípio da Igualdade. 2.3. Princípio da Efetividade. 3. Intervenção jurisdicional e teses utilizadas pelas partes no que tange à tutela de doenças raras. 3.1. Separação dos Poderes. 3.2. Teoria da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz à tona, o tema referente à responsabilidade dos entes federativos do Estado no custeio de tratamentos referente às doenças raras. O enfoque maior visa abordar o tema quando estamos diante da grande parte da população brasileira, que são na verdade os indivíduos de baixa renda.

Ir-se-á analisar e tentar identificar o entendimento da doutrina e dos tribunais superiores quando se veem obrigados a dar uma solução a casos complexos de grande relevância social. O fim é que assim se possa melhor entender e levar ao conhecimento de todos, quais devem ser as corretas atitudes do Poder Público em prol dos hipossuficientes

acometidos por doenças graves. Buscasse dar a razoável e correta resposta, levando-se em conta o ponto de vista dos que mais necessitam de tal apoio.

Do outro lado, não se pode deixar de verificar teses e teorias a serem apresentadas pelo Poder Público, com o intuito de se esquivarem da responsabilidade de custeio ao tratamento requerido. Argumentam entre outras, a visão de não serem elevados a uma posição de garantidor universal, bem como salientam a escassez de recursos materiais e humanos existentes, o qual obriga a escolha de quem será atendido ou não.

De qualquer forma, seja sob o ângulo estatal, seja sob o ângulo do hipossuficiente, é certo que o direito à saúde foi assegurado pela Constituição Federal de 1988, como um direito social e comum a todos, ganhando assim autonomia de direito fundamental, como podemos visualizar pela leitura do art. 196 da CRFB/88, dispondo que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”.

Como se visa atender aos anseios daqueles que mais necessitam de apoio financeiro, as Defensorias Públicas dos Estados fazem papel primordial na caminhada pela concretização final dos desejos pessoais, intermediando assim o acesso dos hipossuficientes ao Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro em diversas oportunidades se mostra falho, vindo a prejudicar toda a sociedade com decisões desarrazoáveis. A Defensoria Pública foi criada para atender à sociedade de baixa renda que em certo grau se viu despida do acesso à justiça. A mesma busca cada vez mais que as decisões judiciais sejam razoáveis e favoráveis aos seus defendidos. Logo, sem sombra de dúvida tal instituição é primordial no "combate" a ser travado entre o indivíduo X sociedade.

Por fim, neste tema apresentaremos da melhor maneira possível às alegações tanto dos hipossuficientes acometido por doenças raras, como dos entes federativos. E ao fim, extrairemos qual seria a melhor solução ao caso, buscando sempre um fim social comum.

1. O DIREITO À SAÚDE PERANTE ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à saúde, um dos principais e mais importantes do ordenamento jurídico pátrio é disciplinado como sendo uma espécie de direitos social constitucionalmente amparado pela Constituição Federal de 1988. Direitos sociais são aqueles ditos como direitos próprios do homem-social, ou seja, dizem respeito a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para a realização da vida em todas as suas potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita¹.

Por ser tratado como uma espécie de direito social, seu amparo legal encontra-se disciplinado no rol do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

A doutrina jurídica constitucional de forma correta vem sempre adotando uma classificação de direitos fundamentais, na qual denominam de "gerações de direitos". O direito à saúde, por ser espécie de direito social encontra-se amparo na segunda geração de direitos.

O momento histórico que inspirou e impulsionou os direitos humanos de segunda geração foi a Revolução Francesa Europeia, a partir do século XIX, trazendo assim direitos em prol dos proletariados à época e conseqüentemente a toda sociedade.

Pedro Lenza explica que:

Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista — Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na

¹ TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos Sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987, p.13.

busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã; Tratado de Versalhes, 1919 (OIT); no Brasil, a Constituição de 1934².

Na Constituição Federal de 1988, destaca o artigo 6º da CRFB/88 que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

O direito à saúde é um direito social que provém do próprio Estado e emana como uma garantia de mínimo existencial à sobrevivência de cada indivíduo. Quando se fala em direito à saúde não há que se falar em um direito isolado em face do Estado, mas sim um direito que se opera através do próprio Estado, ou seja, ele deve ser o provedor direto da garantia constitucional e existencial que melhor atenda as necessidades dos seus administrados.

O Estado tem o dever de prestar a toda sociedade, da melhor forma possível o amparo ao direito à saúde, tal prestação deve ser minimamente satisfatória e ampla. Por isso, quando estivermos diante daqueles que mais necessitam do amparo estatal esse direito terá sempre uma maior relevância na vida do indivíduo quando confrontado com os demais direitos constitucionais. Tal direito deve ser oferecido e chegar à sociedade de forma gratuita, igualitária e com melhor atendimento possível.

A saúde além de tudo, também se encontra amparada na Constituição Federal de 1988, sendo um direito geral e intrínseco na relação Estado-indivíduo. Podemos dizer que sem

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Sistematizado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643.

a saúde completa o indivíduo fica a mercê da própria sorte, carecedor assim de sua dignidade para sobrevivência.

Além do artigo 6º da Constituição da República, há ainda o art. 196, o qual é mais específico e explicita que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação".

O direito à saúde é implementado por políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, sendo de acesso universal e igualitário as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, de acordo com a Lei n. 8.080/90, como também a Lei n. 9.313/96.³

A regra inscrita no art. 196 da Constituição tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado Brasileiro. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional.

Na lição de José Afonso da Silva⁴:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexas com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os entes federativos possuem o dever de trabalharem conjuntamente para atender o preceito disciplinado na Constituição da República de 1988. O amparo deve ser social/geral e também individual, atingindo com maior abrangência a finalidade expressa no texto constitucional.

³ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.34.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 345.

O cidadão merece respeito, seja quando visto conjuntamente com toda a sociedade, seja quando visto de maneira individualizada, necessitando de mínimos atendimentos à saúde.

No que tange às condições financeiras, o Brasil é um país que possui um grande número de indivíduos hipossuficientes. Sabemos que grande parte da população sobrevive de forma precária e deficitária, o que piora ainda mais a prestação de atendimentos relacionados à saúde, já que a procura por tal serviço estatal é ainda maior por aqueles.

Aos acometidos de doenças raras, a dificuldade ainda é maior, já que além do Estado prestar o serviço de forma restrita quanto a generalidade, mais restrita ainda é a prestação quanto a particularidade das doenças raras.

Verdade é que o tratamento de doenças raras possui um dispêndio maior de recursos financeiros, mas isso não pode ser um motivo para anular o devido tratamento a tal particularidade. Até porque o Estado deve assegurar o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

O Brasil a cada ano que passa está sendo "atacado" por maiores investimentos, estando assim em amplo desenvolvimento nacional. Tal plano faz com que ganhe grande evidência mundial, pois investidores acreditam ainda mais no potencial interno.

Teoricamente, deve-se afirmar que, tendo em vista o estado brasileiro estar aumentando sua potencialidade financeira isso irá influenciar indiretamente a gestão estatal, melhorando assim o amparo social no que tange à saúde e outros direitos sociais.

Na prática e no dia-a-dia que se vive há a certeza de que nada é como teoricamente se deveria acreditar em ser. Cada vez mais pessoas morrem a espera de atendimentos que dificilmente chegam e quando chegam não satisfazem as devidas necessidades. A mão de obra relacionada à saúde é escassa gerando assim grande ônus à sociedade.

Se quanto às doenças comuns, se é que se pode chamar doenças de algo comum, a prestação é falha gerando óbitos constantes dos indivíduos, quando estamos então diante de doenças raras, aí mesmo que a possibilidade de óbito aumenta, e aumenta consideravelmente.

Não há se quer preparação para suportar doenças que atingem grande parte da população, a expectativa quanto às doenças raras é ainda diminuída.

O descaso estatal é notório.

A conclusão a que se chega é de que não basta está disciplinado na Constituição Federal um sistema de saúde amplo e igualitário a toda sociedade, se tal sistema apresenta falhas e não possui eficiência suficiente para atender os indivíduos que mais necessitam dos serviços atribuídos "teoricamente".

No ordenamento jurídico vigente existe uma instituição que proporciona o maior acesso dos hipossuficientes aos seus direitos sociais, entre eles o direito à saúde. Quando o indivíduo se vê desamparado ao acesso estatal, entra em cena a instituição da Defensoria Pública.

Tal instituição hoje em dia possui um papel social primordial diante da população. Aqueles que não possuem condições de arcarem com custos de um advogado privado, o que é na maioria das vezes muito oneroso, procuram a Defensoria Pública de seus respectivos estados para que a mesma proporcione o devido acesso à Justiça ao que todos têm direito.

A Defensoria Pública possui um trabalho brilhante, facilitando assim a correta prestação do direito à saúde por parte do Estado aos hipossuficientes. Exemplos de intermediações jurisdicionais são as demasiadas ações intentadas pela instituição a favor do indivíduo, com a finalidade do recebimento de medicamentos que fazem *jus*.

Tais ações são cada vez mais corriqueiras no mundo jurídico, pois como os hipossuficientes não conseguem os devidos medicamentos diretamente pela Secretária de

Saúde do Estado, Município, e se veem obrigados a serem socorridos pela Defensoria Pública, o que vem funcionando bem.

No amparo às doenças raras isso não é diferente. A Defensoria Pública combate e assegura a real esperança aos acometidos por tais. A batalha contra o Estado é dura e a trajetória longa, mas o resultado na maioria das vezes é bem satisfatório.

Doenças raras atingem grande parte da população e o Estado deve buscar sempre o melhor amparo aos acometidos, seja através de programas próprios, sem a necessidade da constituição de um lide. Seja através da coerção judicial.

O que não se pode é prejudicar o direito social à saúde em detrimento de falta de planejamento e organização estatal.

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E ALGUNS EXEMPLOS DE DOENÇAS RARAS QUE ATINGEM A SOCIEDADE

O direito à saúde, um dos mais importantes se não o mais importante direito social do ordenamento jurídico, por ser direito de toda a sociedade e dever do Estado, visa a estabelecer uma maior amplitude de bem estar social. Tal direito descrito explicitamente na Constituição Federal de 1988 é amparado por princípios constitucionais, pilares do ordenamento jurídico que garantem a maior efetividade de tal direito.

Alguns princípios são relevantes no tratamento de qualquer tipo de doenças, inclusive aquelas que atingem pouca parte da sociedade, como é o caso de algumas doenças raras.

Antes de adentrar na exposição de alguns princípios reitores relativos ao custeio no tratamento de doenças raras, deve ser feita uma definição do que são essas doenças raras. O

texto "O que são doenças raras?" disposto no site portal da saúde⁵, busca definir com exatidão o que seriam as doenças raras, que para os especialistas são também chamadas de doenças órfãs. São, portanto aquelas que:

[...] afetam um pequeno número de pessoas, por comparação com a população em geral. Ocorrem com pouca frequência ou raramente. Existem ainda variantes raras de doenças frequentes. Na Europa, uma doença é considerada rara quando afeta uma em duas mil pessoas.

A definição de doença rara é, portanto, conjuntural, na medida em que depende do período de tempo e do espaço geográfico que estão a ser considerados. Por exemplo, a sida já foi considerada uma doença rara, mas, hoje em dia, está em expansão. A lepra, por seu turno, é rara em França, mas frequente na África central.

Portanto, as doenças raras são aquelas que atingem uma pequena parte da população de um Estado. No Brasil, por ser um país de grande proporção no que tange à região, bem como à população, que são mais de 200 milhões de habitantes, o número de atingidos por doenças raras como consequência é superior aos dos demais países.

No Brasil estima-se que mais de 7.000 mil doenças raras atingem a população, mas por haver certa dificuldade em estabelecer recursos terapêuticos, contando apenas 10 % delas com um tratamento específico, o seu diagnóstico pode levar tempos e até mesmo anos para serem descobertos. Com isso, não há um número exato e prescrito de doenças raras que atingem a população brasileira.

Mesmo não havendo um número exato, bem como lista com todas as doenças raras que atingem a população, algumas das mais conhecidas podem ser citadas, como por exemplo: Anemia Falciforme; Ataxia Dominante; Distrofia Muscular; Doença de Huntington; Doença de Gaucher; Hemangiomas e Linfangiomas; Síndrome de Williams; Leucodistrofia Metacromática (LDM); Síndrome de Angelman; Talassemia; Doença de Fabry⁶.

Como se sabe, a população brasileira tem um grande percentual de hipossuficientes econômicos e por conta disso os mesmos buscam através da Defensoria Pública e

⁵Disponível em: <<http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/enciclopedia+da+saude/ministeriosaude/doencas/doencas+raras/doencasraras.htm>>. Acesso em: 06 de setembro. 2014.

⁶Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/conheca-os-tipos-de-doencas-raras-qu-e-mais-atingem-os-brasileiros-20100228.html>>. Acesso em: 06 de setembro. 2014.

consequentemente pelo Poder Judiciário, o custeio dos tratamentos a serem arcados pelos entes federativos do Estado.

Alguns princípios regem a relação entre o Estado e a população, e tais são utilizados quando da iniciativa jurisdicional.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No movimento constitucionalista moderno, também chamado de pós-positivismo, todo regramento jurídico deve ser amparado a partir da Constituição da República de 1988 e seus princípios disciplinadores.

Um dos principais princípios é o da Dignidade da Pessoa Humana. Dispõe o art. 1º, inciso III, da CRFB que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

A Constituição da República de 1988 não trouxe a definição concreta e exposta do que seria a dignidade da pessoa humana, sendo assim, a melhor doutrina busca tentar defini-la.

Ana Paula de Barcellos⁷, em sua obra "A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana" explicita com louvor a respeito de tal princípio.

[...] O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas, etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação indignidade.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 304-305.

Portanto, tal princípio é um ponto positivo a ser seguido por toda a sociedade. Cada pessoa deve ter respeitada a sua dignidade, ou seja, seus direitos devem ser sempre observados e atendidos por todos os membros e ainda mais pelo Poder Público.

Aqueles que possuem algum tipo de doença rara e não possuem condições financeiras de arcarem com os custos, obtêm o direito de adquirir o seu tratamento que tanto desejam através do custeio pelos entes federativos. A saúde é o bem principal do ser humano e quando ela é atingida sua dignidade de ser vivo cai por terra.

2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade busca tratar todas as pessoas com igualdade, sem qualquer distinção de raça, cor, crenças ou cultura.

Pedro Lenza⁸ destaca que:

[...] Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei. Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

O Estado não pode fazer distinções entre os tipos de doenças que merecem ou não tratamento. Toda pessoa tem direito ao tratamento digno, seja ela acometida por uma doença rara ou uma doença mais comum.

O tratamento e o custeio devem ser isonômicos, se certas doenças o Estado custeia através do fornecimento de medicamentos e tratamentos cirúrgicos gratuitos, isso quer dizer que tal atitude deve ser também abrangida para todos os tipos de doenças que atacam a sociedade e não apenas para aquelas pessoas acometidas por doenças mais comuns.

⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Sistematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 876.

2.3. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Primeiramente deve ser dito que o Princípio da efetividade surgiu em decorrência das diversas preocupações relacionadas à judicialização da Constituição e seu plano reconhecimento como norma idealizadora de direitos.

No Brasil, pelas políticas públicas destacarem pouca parte de seus orçamentos para o tratamento de doenças raras, os acometidos são obrigados a se socorrerem do Poder Judiciário para que assim o Estado, através de seus entes federativos, forneça o tratamento eficaz ao indivíduo.

A efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Concluí-se que a efetividade está diretamente ligada ao reconhecimento da força normativa da Constituição e a aplicação de suas normas pelo Poder Judiciário, mesmo que para isso seja ignorado o inequívoco espaço de atuação que cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

O Poder Judiciário possui um papel importantíssimo na aplicação das normas descritas na Constituição Federal de 1989. Quando o Estado não perfaz os ditames Constitucionais cabe ao Poder Judiciário rechaçar tal iniciativa e aplicar obrigações de fazer para que a carta maior seja cumprida.

O não amparo pelo Estado de doenças raras faz com que o indivíduo se lastreie de esperança e busque o amparo no tratamento dessas doenças órfãs.

3. INTERVENÇÃO JURISDICIONAL E TESES UTILIZADAS PELAS PARTES NO QUE TANGE À TUTELA DE DOENÇAS RARAS

O Estado brasileiro é um país em grande desenvolvimento populacional, econômico, cultural, mas mesmo assim ainda peca quando falamos no segmento da saúde. Cada vez mais aumentam o número de pessoas que são diagnosticadas com doenças raras.

Um dos grandes problemas que também acaba atingindo tal população necessitada é o desconhecimento por parte da medicina nacional em relação a certas doenças que são até mesmo desconhecidas mundialmente.

Por tal motivo muitos tratamentos necessitam ser realizados em algum país do exterior, como Estados Unidos, Alemanha, onde os métodos são mais avançados e precisos. De antemão o custo do tratamento fica ainda mais superior e quase impossível que os necessitados financeiramente consigam arcarem com os custos.

Tendo em vista, a maioria de a população ser de baixa renda e não terem condições financeiras para arcarem com os elevados custos do tratamento é preciso que estes “ativem” uma válvula de escape, a qual seria o Estado Social, para que assim possam tentar atingir o desejado.

O Estado deveria ser um grande garantidor da assistência social aos indivíduos já que a CRFB de 1988 é neste sentido, trazendo o direito à saúde como o principal direito baseado na dignidade da pessoa humana.

Como é notório, o Estado através de seus entes federativos sempre vão de encontro com o desejo daqueles que mais necessitam e com isso há uma demasia de negativa por parte dos entes em oferecer e custear o tratamento de tais doenças.

Sem qualquer opção, não resta outra para os diagnosticados com doenças raras a não ser buscar o Poder Judiciário, já que veem neste uma última esperança. Mesmo com o

ajuizamento da ação judicial com o fim de forçar o ente federativo a custear o tratamento, o mesmo continua a negar a responsabilidade através de certas teses falhas, as quais serão posteriormente visualizadas.

3.1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Separação dos Poderes é um princípio constitucional disposto no art. 2º da CRFB de 1988, o qual dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Sendo assim, um poder estatal não poderia adentrar na competência de outro poder estatal, tendo em vista a Teoria da Tripartição de Poderes.

Como a assistência social referente à saúde deve ser impetrada pelo Poder Executivo através de suas políticas públicas, é comum que os entes federativos aleguem que o Poder Judiciário não poderia forçar o Poder Executivo a atender política de saúde para cada pessoa individualizada.

Seria uma intromissão na competência do Poder Executivo e o Poder Judiciário estaria em um degrau superior aos demais, o que feria a Tripartição de Poderes.

Ensina Pedro Lenza⁹ que:

[...] seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos.

⁹ LENZA, op. cit., p. 430.

Os entes federativos ao serem réus em ações no intuito de custeio de tratamento de doenças raras sempre alegam tal tese da Separação dos Poderes e não intromissão de um Poder sobre o outro.

Tal argumento não vem sendo acatado de maneira clara e sistemática pelo Poder Judiciário.

Deve ser dito que o Poder Judiciário ao ordenar corretamente que o Estado custeie o tratamento desejado por aqueles necessitados, não estaria violando o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Judiciário apenas estaria ordenando e cumprindo aquilo que a própria CRFB de 1988 ordena, que seria o atendimento geral de assistência à saúde.

Entende-se que a decisão que determina o fornecimento do tratamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos do administrador, mas de verdadeira observância da legalidade, já que como dito a própria carta constitucional é neste sentido.

Portanto, fica claro que tal alegação efetuada pelos entes federativos é muito falha, não se tratando de verdadeira tese palpável e sim meras desculpas do administrador em não atender aqueles que mais necessitam de ajuda.

3.2. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Outra teoria que comumente é alegada pelos entes federativos é a Teoria da Reserva do Possível a qual é confrontada com o mínimo existencial.

Dispõe a teoria da reserva do possível que o Estado apenas poderia dispor sobre políticas públicas, sobre direitos sociais dentro de suas possibilidades econômicas e financeiras, não podendo o administrador extrapolar e colocar em risco toda a coletividade em prol de alguns.

Ou seja, deverá os recursos financeiros do Estado ser utilizados de maneira eficaz e na medida de suas possibilidades nunca indo além das finanças presentes.

Os entes federativos alegam tal teoria, tendo em vista que se atenderem aos anseios daquelas minorias que necessitam de tratamentos vultosos para as doenças raras que são acometidas estariam prejudicando toda a população que seria privada de tais recursos em prol de uma minoria.

Em confronto à teoria da reserva do possível é acatada em nosso ordenamento jurídico a teoria do mínimo existencial.

Por tal teoria, a alegação da reserva do possível não poderá ser afrontada quando estamos falando de direitos provenientes da dignidade da pessoa humana, amparados como direitos sociais tratados explicitamente na própria CRFB de 1988.

Ana Paula de Barcelos¹⁰ dispõe que:

[...] Ao mínimo existencial se reconhece a modalidade de eficácia jurídica positiva ou simétrica - isto é, as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas juridicamente de forma direta-, ao passo que o restante dos efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana serão reconhecidas apenas as modalidades de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático. Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.

Acolher a tese da reserva do possível em prol do mínimo existencial é negar a própria existência da carta maior que ampara perfeitamente o direito à saúde. Em um ordenamento que é gasto tantos recursos financeiros com superfluos não se pode deixar de amparar os necessitados quando estes mais precisam.

Portanto, é amplamente seguro na jurisprudência que a teoria da reserva do possível não poderá ser alegada quando se tratar de políticas públicas e direitos sociais amparados expressamente na CRFB de 1988.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 304-305

CONCLUSÃO

Ficou salientado que o Estado brasileiro possui um grande número de habitantes sem condições de arcarem com necessidades mínimas de moradia, vestuário e saúde. O Estado deve ser um garantidor dos direitos mínimos para que assim a sociedade possa conviver de maneira livre e harmoniosa.

O Brasil possui um amparo à saúde bem deficitário em relação a doenças com alto grau de acometidos e baixa complexidade, ou seja, doenças comuns que atingem grande parte da população. Se assim é em relação às doenças mais comuns, o pior é em relação a doenças raras. A nossa estrutura é fraca, o investimento é baixo e o tratamento é caro, logo o Estado não custeia de forma livre, fazendo necessária a intervenção do Judiciário.

A Defensoria Pública possui papel primordial na defesa dos necessitados e acometidos por tais doenças raras, sendo assim intermediam o acesso ao Judiciário e por grande parte das vezes conseguem atingir a finalidade pleiteada.

Não pode o Estado ser omissor e alegar teses fracas colocando a falta de finanças públicas em superior ao direito à saúde que todos os cidadãos possuem.

REFERÊNCIAS

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

_____. *As doenças raras que mais atingem os brasileiros*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/conheca-os-tipos-de-doencas-raras-que-mais-atingem-os-brasileiros-20100228.html>>. Acesso em: 06 set. 2014.

_____. *Rol de algumas doenças raras*. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/enciclopedia+da+saude/ministeriosaude/doencas/doencas+raras/doencasraras.htm>>. Acesso em: 06 set. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Sistematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos Sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987.