



UMA NOVA OPORTUNIDADE DE VIDA E O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Levington de Oliveira Lazzaretti¹
Gisiane Rodrigues Lazzaretti²

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo estudar a importância dos Direitos Fundamentais, especificamente o Direito à Vida e à Saúde, na continuidade de uma “nova” Vida para os transplantados de fígado. Para tanto utilizou-se de pesquisa bibliográfica, bem como do método indutivo. Além disso, buscou-se sensibilizar a comunidade e os operadores do direito para tomarem ciência da angústia da espera de um órgão compatível e a imprescindível utilização de medicação após o Transplante, esses de custo elevado, o que muitas vezes é negado na via administrativa pelo Estado. Assim, a ida ao Poder Judiciário é inevitável e necessária para assegurar o resultado do transplante e manter a vida do transplantado.

Palavra-chave: Descaso. Estado. Saúde. Vida. Transplante.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo, utilizando-se de pesquisas doutrinárias, estudar a expectativa pela espera do Transplante de órgãos, especificamente de fígado, bem como o desafio da manutenção da Vida por meio do uso de medicação que por vezes é negado pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988, promulgada após o regime ditatorial, ratificou e trouxe em local de destaque os Direitos Fundamentais, entre eles o Direito à Vida. Para haver a concretização deste direito é necessário que se tenha protegido e respeitado o Direito à Saúde, sendo este um pressuposto inerente daquele.

O Transplante de órgãos é uma sobrevida para aquela pessoa que recebe, pois adquire uma nova oportunidade para viver mais e com qualidade de Vida, ou seja, com dignidade. O gesto da família do doador é, sem dúvida, de amor, de compaixão sendo a maior demonstração de solidariedade que uma pessoa, que recém tomou conhecimento da morte de seu familiar, pode expressar. É um gesto de grandeza humana.

¹ Advogado. Especialista em Processo Civil e Responsabilidade Civil. Juiz Leigo do Juizado Especial Cível da Comarca de Passo Fundo. Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade de Passo Fundo (Turma 2017-1). E-mail: lazzarettiadvogado@gmail.com.

² Assistente Social. Especialista em Dinâmica das Relações Conjugais e Familiares. Especialista em Família, Territorialidade e Proteção Social. Curso de Formação e Capacitação de Conciliadores e Mediadores. E-mail: gisiane2006@hotmail.com



Todavia, o sofrimento e a batalha pela Vida não se encerram na conquista do órgão, mas começa uma nova ao ter que manter este órgão funcionando, para tanto, é necessária a utilização de medicação, esta de preço altíssimos. Assim, a única saída para o transplantado é recorrer ao Estado (União, Estado-membro e Município), que, na via administrativa, não raras vezes, nega o fornecimento do remédio necessário para a sobrevivência. Nesse caso, cabe uma nova batalha, agora diante do Poder Judiciário, para obter o acesso a medicação, o que se faz com base nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

Diante disso, o Poder Judiciário torna-se a única e a última esperança de sobrevivência do transplantado, neste ponto, é importante sublinhar que o transplante é pago pelos cofres públicos. Portanto, deveria haver o interesse em mantê-lo vivo e fornecer a medicação sem a necessidade de ingressar em juízo penalizando mais um pouco o cidadão transplantado.

2. A ESPERA DE UM ÓRGÃO COMPATÍVEL

O impacto do Transplante na Vida de uma pessoa e da família começa antes do momento cirúrgico, ou seja, desde quando recebe a notícia de que precisa de um órgão. A pessoa, bem como sua família, quando recebe a notícia que há necessidade de um transplante acaba por aflorar a fragilidade do ser humano que se encontra nesta situação tão tênue do risco de Vida.

O momento que antecede a cirurgia do Transplante de fígado, isto é, a efetivação do Transplante é rodeada de anseios fomentados, sobretudo, pela espera de um órgão compatível. Para a autora Bessa (apud BAGGIO, 2009, p. 145), a necessidade do transplante de órgãos é uma situação limite que remete o sujeito a sua própria finitude, pois sem ele as perspectivas de vida costumam ser obscuras. As pessoas que aguardam em lista de espera por um transplante sabem que se encontram em uma encruzilhada de Vida/morte, encruzilhada essa que pode ser longa e angustiante.

Nas palavras de Bessa, a espera pelo Transplante pode ser de forma muito modesta exemplificada da seguinte maneira: “Este corpo que lhe falha, e falha gravemente, traz a morte para tão perto que é possível sentir sua realidade quase a ponto de tocá-la com a ponta dos dedos, colocando a nu o desamparo da condição humana” (apud BAGGIO, 2009, p. 145). A espera pelo órgão revela um temor e ao mesmo tempo uma esperança, pois para que haja o Transplante deve haver a doação, e esta, por sua vez, não está ao alcance do sujeito que espera.

Para as pessoas que vivenciam o momento da espera, o Transplante significa uma nova chance de vida, o renascimento, a transformação da morte próxima para uma nova Vida que precisa ser tratada com muito cuidado. O Transplante, na realidade é um renascimento sem garantias de sucesso pleno, existem riscos e complicações que o acompanham, impondo assim a continuidade do intenso cuidado, segundo Assis:

O pós operatório imediato e mediato são marcados por sentimentos e sofrimento relacionados a grandes mudanças, novo estilo de vida, sofrimento, ansiedade, medo de rejeição, responsabilidades, uso de medicamentos imunossupressores por toda a vida e o autocuidado (2003, p.112).

Mudanças podem ocorrer bruscamente na Vida do transplantado em curto espaço de tempo. Considera-se de extrema relevância o período que antecede o Transplante para serem esclarecidas e trabalhadas com ele e seus familiares, no período do pré e pós-transplante. As situações que serão vivenciadas após a realização do mesmo, bem como a importância da conscientização do transplantado após a alta hospitalar, pois assim poderá ser capaz de promover o seu autocuidado, uma vez que o sucesso do Transplante depende, essencialmente, da forma como será conduzindo esse autocuidado pelo transplantado.

Segundo Bessa (apud BAGGIO, 2009, p. 148), a chegada de um órgão que possibilita a realização do Transplante significa o fim do impasse, a aposta na vida, na superação e na esperança de uma segunda chance mais palpável e concreta do que o terrível tempo de espera pelo Transplante.

A experiência do Transplante é profundamente transformadora no sentido de identidade própria do sujeito. As pessoas que vivenciam este momento reavaliam a Vida, passam a questionar seu sentido e seus objetivos. Sendo assim, pode-se dizer que o Transplante se configura como uma das situações limites apresentadas pela Vida, que faz o ser humano refletir sobre o significado da sua existência, sendo também um fator de aprendizagem.

Portanto, observa-se que as mudanças e dificuldades são imensas para os transplantados, isolando as condições econômicas de cada pessoa. Visto isso, passa-se a analisar uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos transplantados e seus familiares, qual seja, o fornecimento da medicação necessária para a continuidade do tratamento. No entanto, antes de analisar esta questão, é necessária uma abordagem a respeito dos direitos fundamentais que embasam o direito que o transplantado possui para requerer a medicação.



3. OS DIREITOS PRESTACIONAIS

As normas jurídicas evoluíram e evoluem ao longo dos tempos, sendo marcada por lutas e conquistas de classes. Assim, as normas não nascem de um dia para o outro, são consequências de uma busca de aperfeiçoamento pelo ser humano em frente a situações que surgem no decorrer da sua história na sociedade.

No passado encontram-se ordenamentos jurídicos que previam mais deveres dos indivíduos para com o Estado do que direitos dos indivíduos perante o Estado. Nesse sentido, são as palavras de Bobbio:

No início, as regras são essencialmente imperativas, negativas ou positivas, e visam a obter comportamentos desejados ou a evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas. Logo nos vem à mente os Dez mandamentos, para darmos o exemplo que nos é mais familiar: eles foram durante séculos, e ainda o são, o código moral por excelência do mundo cristão, a ponto de serem identificados com a lei inscrita no coração dos homens ou com a lei conforme à natureza. [...] Isto quer dizer que a figura deontica, originária é o dever e não o direito. (1992, p. 56)

Dessa forma, observa-se que, no passado, havia uma maior preocupação com os deveres, não que não existissem direitos, até para manter uma certa ordem e o respeito entre as pessoas, como por exemplo, não matar. Porém, ao passar dos tempos, percebeu-se que o ser humano necessitava também de um enfoque maior nos direitos. Bobbio, em seu livro a “Era dos Direitos”, deixa bem claro o surgimento de uma nova “Era”, pois se inaugura um novo patamar para o ser humano, o de sujeito de direitos.

O entendimento de que o ser humano é um sujeito de direitos, ultrapassa a esfera do Estado, ou seja, o ser humano tem direitos que devem ser respeitados independentemente do local em que esteja. Neste trabalho não se pretende estudar a história dos direitos humanos, mas apenas a sua inserção nos textos constitucionais. Resumidamente, pode-se dizer que as fases dos direitos humanos estão divididas da seguinte forma: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; e, c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

No plano internacional pode-se apontar como grande marco do reconhecimento e positivação dos direitos humanos o advento da Declaração Universal do Direitos do Homem de



1948, na qual se reconheceu vários direitos inerentes a pessoa humana, independentemente do Estado na qual está inserida. Todavia, há enormes dificuldades para efetivamente proteger estes direitos por se tratar de uma Declaração voltada para a humanidade como um todo entrando em choque, por vezes, com a diversidade de culturas, bem como com a soberania.

Este trabalho não se presta a estudar as dificuldades de proteção dos direitos declarados, no entanto é oportuna a lição de Bobbio: “Finalmente, descendo do plano ideal para o plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. (1992, p.63)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem serviu como base jurídica para muitas Constituições, inclusive a brasileira. Dessa feita, pode-se destacar que na história dos direitos fundamentais, houve pelo menos três momentos, chamada de gerações ou dimensões, que serão analisados de maneira sucinta.

Inicialmente, antes de analisar cada dimensão, é oportuno esclarecer que alguns autores denominam de geração outros de dimensão. Neste trabalho se adotará a terminologia utilizada por Sarlet, por entender mais apropriada, pelos seguintes fundamentos descritos pelo referido professor:

[...] é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “geração” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensão” dos direitos fundamentais, posição esta que optamos por perfiar da mais moderna doutrina. (2009, p. 45)

A primeira dimensão está voltada para os direitos da liberdade, assim, é possível observar que nas declarações do final do século XVIII há uma maior preocupação na observância e proteção das liberdades individuais. Nesta primeira dimensão há uma proteção do indivíduo em face da atuação do Estado, sendo que esse deve respeitar a liberdade das pessoas.

Buscava-se libertar o indivíduo do absolutismo monarca, aos quais se opõe a liberdade individual, dessa forma, a liberdade só poderia ser restringida pela lei, essa como expressão da vontade comum.



Segundo Sarlet:

São por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assume, particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. (2009, p. 47)

Já os direitos de segunda dimensão, surgido no século XX, possuem um caráter prestacional, são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais. Nesta dimensão há um chamamento do Estado para que promova uma prestação legislativa, administrativa ou judicial.

Bonavides ao fazer referência aos direitos de segunda dimensão afirma que:

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (2006, p. 517).

Assim, a segunda dimensão, caracteriza-se por outorgar aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como por exemplo, a assistência social, saúde, educação, trabalho etc., percebe-se que há um deslocamento das liberdades abstratas para liberdades materiais concretas. Cabe alertar, neste tópico, que os direitos prestacionais são mais difíceis de serem efetivados por dependerem de recursos e vontade política por parte do Estado.

Nesse sentido, são as palavras de Bobbio: “[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade”. (1992, p. 63).

Os direitos de terceira dimensão caracterizam-se pela solidariedade e fraternidade, destaca-se não mais apenas o indivíduo de forma isolada, mas é visto a coletividade. Nesta dimensão a titularidade dos direitos é coletiva, onde muitas vezes não é possível definir e determinar, como por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado, direito ao desenvolvimento, direito a qualidade de vida etc.

Segundo o professor Bonavides, ao se posicionar sobre os direitos de terceira dimensão, cita os seguintes termos:



Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (2006, p. 569)

O doutrinador Sarlet ressalta que:

[...] cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (2009, p. 58)

Diante do exposto, os direitos de terceira dimensão possuem como seus sujeitos ativos, conforme relatado anteriormente, uma titularidade difusa ou coletiva, pois não se visualiza o homem como um ser isolado, mas toda a coletividade.

Hodiernamente, há doutrinadores que sustentam a existência de direitos de quarta dimensão. Para o professor Bobbio: “Trata-se dos direitos relacionados à engenharia genética”. (1992, p. 6). O professor Bonavides, apesar de uma visão um pouco diferente da posição de Bobbio, entende haver a existência de uma quarta dimensão de direitos, nos seguintes termos:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. (2006, p.571-572)

Para fins deste trabalho, é oportuno destacar a segunda dimensão dos direitos fundamentais, sendo que o caráter prestacional, no qual se busca uma postura ativa do Estado, no sentido de fornecer uma saúde de qualidade, especificamente no fornecimento de



medicamentos, é de vital importância, tendo em vista a continuidade no tratamento do transplantado.

4. A ESPERA DA MEDICAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL A VIDA E A SAÚDE

A pessoa, após o Transplante, recebe alta hospitalar, mas isso não significa alta do tratamento, pois necessita fazer acompanhamento para o resto de sua Vida. Este acompanhamento médico caracteriza-se por exames e consultas. Além de exames e consultas, é imprescindível o uso dos medicamentos para evitar a rejeição do órgão e de infecções oportunistas devido à imunossupressão³.

Toda caminhada até o momento tão esperado do Transplante e o seu sucesso está condicionada à continuidade do tratamento a nível ambulatorial, bem como a utilização de medicamento.

É importante salientar que o Transplante se configura como um direito à Saúde, garantindo a possibilidade de ter uma nova oportunidade de Vida em face da doença. Para que isto se torne efetivo, os direitos à Saúde e à Vida estão garantidos pela Constituição Federal de 1988 e, especificamente, o transplante vem assegurado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como o seu acompanhamento em nível ambulatorial⁴.

Os direitos à Vida e à Saúde consistem em primordiais direitos do ser humano, pois, a partir deles, surgem os demais. A eles competem não apenas o direito de manter-se vivo, mas

³ Imunossupressão é o ato de reduzir a atividade ou eficiência do sistema imunológico, que é responsável pela prevenção e tratamento das infecções às quais estamos expostos no dia a dia. Após qualquer tipo de transplante, a tendência natural do sistema imune é desencadear uma reação de defesa chamada de rejeição. Para que isso não ocorra, o mesmo deve ser mantido num nível reduzido de atividade (suprimido), com a utilização de medicamentos, o suficiente para não ocorrer rejeição do órgão transplantado, mas não o bastante para que permita a ocorrência de infecções por microorganismos oportunistas que vivem em nosso corpo ou no ambiente que nos cerca. Com o sistema imunológico praticamente desativado, o indivíduo imunossuprimido é vulnerável a infecções oportunistas (ROBERTS, 2001, p. 80).

⁴ A Portaria do Ministério da Saúde nº 270 de 24 de junho de 1999, dispõe sobre a realização e cobrança do transplante de órgãos no SUS, no artigo 1º inciso VIII dispõe sobre o acompanhamento pós-transplante que será efetuado somente em estabelecimentos de saúde autorizados pela Coordenação do SNT. O acompanhamento de pacientes que realizaram transplante de órgãos ou medula óssea será financiado pelo Fundo de Ações Estratégicas e Compensação - FAEC, conforme, determina a Portaria Conjunta SE/SAS/Nº 02, de 21 de maio de 1999, não fazendo parte da Câmara Nacional de Compensação de Procedimentos Hospitalares de Alta Complexidade – CNCPHAC.



também a garantia de possibilidades para que a pessoa tenha condições de capacitar o pleno desenvolvimento das faculdades que lhe são inerentes. Constituindo-se, assim, de um conjunto de deveres do Estado para com todo cidadão.

O direito à Vida é, sem dúvida, um dos direitos mais antigos que existe na humanidade, muito antes de qualquer positivação o ser humano tinha a preocupação com sua própria subsistência, ou seja, manter-se vivo. Nas palavras de Moraes:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. [...] cabendo ao Estado em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (2007, p. 76)

Para existir o respeito a Vida e a própria existência da humanidade, foi necessário que o homem abandonasse aquela ideia de liberdade absoluta no estado de natureza e começasse a desenvolver uma ideia de liberdade social, ou seja, uma liberdade limitada dentro de certos direitos e deveres, a liberdade submetida as leis, o que Rousseau chamou de “contrato social”.

Dessa forma, para que possa haver a continuidade da Vida em sociedade é inevitável o respeito às leis, sendo que essa deve ser observada pelos homens e pelo Estado.

No Brasil o direito à Vida e à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado no seu dever de formular e implementar políticas públicas que garantam aos cidadãos o acesso universal e igualitário aos serviços de Saúde, de assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à Saúde pertence a qualquer cidadão, previsto de forma expressa e inequívoca na Carta Constitucional de 1988, nos seguintes artigos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade [...]

Artigo 6º. São direitos sociais, a educação, a saúde [...]

Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Estados e Municípios:

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2003).



Considerando que a Constituição há de ser compreendida como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta Magna de 1988 elege o valor da dignidade humana (artigo 1º, inciso III) como essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana, por estar pautado no direito à Vida, informa a ordem constitucional imprimindo-lhe uma feição particular.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Silva (2003, p. 45) a evolução conduziu à concepção da Constituição de 1988 que declara ser a Saúde direito de todos e dever do Estado, garantindo, mediante políticas públicas e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação que são de relevância pública.

Em consonância com a Constituição, foi promulgada a Lei nº 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), dispondo sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Tal Lei foi criada com o objetivo de regular e dar vida aos fundamentos constitucionais, citados anteriormente.

Portanto, os tratamentos dos transplantados, em nível hospitalar e ambulatorial, estão garantidos pela legislação constitucional e leis específicas. Vida e saúde são direitos subjetivos inalienáveis, sendo que ao Estado compete a proteção, incluindo-se a obrigação do fornecimento dos medicamentos necessários para o tratamento.

Compete ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento dos medicamentos excepcionais constantes da Portaria nº 2.577/06, do Ministério da Saúde, e os especiais constantes da relação da Portaria nº 238, de 2006, da Secretaria Estadual da Saúde. Já os Municípios têm responsabilidade no fornecimento dos medicamentos essenciais constantes da Portaria nº 2.475/2006, do Ministério da Saúde.

No âmbito do Rio Grande do Sul, foi editada a Lei Estadual nº 9.908, que complementa os princípios constitucionais contido na Lei Maior, respectivamente, nos seguintes artigos da lei estadual:

Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.
Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente (BRASIL, 2003).



Assim, o fornecimento de medicamentos gratuitos constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros e dos Municípios, derivado dos Artigos 196 e 198 da Constituição Federal. O direito à Saúde é exercido pelo acesso igualitário a ações e serviços prestados pelo Estado, sendo fundamental a efetivação dos direitos para a garantia da Vida da pessoa transplantada, pois o sucesso do Transplante hepático não depende apenas da sorte de conseguir um doador, de que o órgão seja compatível e da competência da equipe médica que realizou a cirurgia. Também depende de uma série de cuidados, entre eles a utilização de um grande número de medicamentos, sendo que alguns de uso contínuo, a fim de evitar rejeição e infecções. É importante salientar que, em especial, os medicamentos imunossupressores têm um custo muito elevado.

Segundo Pereira (2002, p. 215), o atendimento das necessidades humanas básicas, dentre elas a saúde, assegura a garantia de uma vida com dignidade, constituem pressupostos inarredáveis ao exercício de todo direito fundamental do cidadão. Além do direito à Vida, pode-se mencionar o conceito de bem-estar social e individual, trazido à Constituição de 1988, em seu preâmbulo, que está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, não somente à manutenção da Vida e de mera sobrevivência, mas também à qualidade de Vida e de Saúde. Nessa perspectiva, ter-se-ia como núcleo central a própria saúde, e não a doença.

Sob essa ótica a saúde passa a ser considerada, um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da Vida das pessoas, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável com qualidade.

Na mesma direção, Sarlet (2009, p. 48) equipara vida saudável à Vida digna, aproximando os conceitos de qualidade de Vida e dignidade da pessoa humana. Para além do direito à Vida, o direito à Saúde encontra-se umbilicalmente vinculado à proteção da integridade física (corporal, social, emocional) do ser humano.

O não fornecimento do medicamento pode agravar o estado de Saúde da pessoa em tratamento, neste caso o transplantado, de modo que pode trazer complicações como infecções e até rejeição, colocando em risco todo o transplante realizado. Consequentemente, gera situações de estresse, insegurança e desrespeito da dignidade humana e violação dos seus direitos, garantidos na Constituição Federal, mas não efetivados ou cumpridos de forma precária no cotidiano.



O fornecimento e o uso dos medicamentos são fundamentais para o êxito do Transplante, como anteriormente explicado. Tendo em vista o descumprimento do direito garantido constitucionalmente, não há possibilidade em protelar o direito à Vida e à Saúde, o que justifica – e acaba sendo a única alternativa – procurar o sistema judiciário para ter o seu direito efetivado, tornando-se o judiciário um verdadeiro balcão de farmácia. Sendo assim, acaba por exercer uma competência que não é sua, mas sim do Poder Executivo, tendo como consequência a judicialização da Saúde.

Atualmente, é comum a discussão acerca do papel do Estado na eficácia do direito fundamental à Saúde, seja pelas críticas ao SUS, seja pelo debate em torno das ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos e a prestação de serviços nessa área.

Questiona-se que alternativa terá o cidadão que tem seus direitos violados, sendo que, cumpre os trâmites necessários e tem seu pedido via administrativa indeferido ou deferido, porém, não cumprido no momento da sua efetivação. Não resta alternativa senão recorrer ao Judiciário como única forma de ver preservado seu direito constitucional à Saúde e à própria Vida, direitos estes inalienáveis e irrenunciáveis, sendo dever constitucional e legal do Estado, por seus entes, em prover o custeio do tratamento.

A não garantia destes direitos torna o transplante inócuo e condena ao derradeiro caminho que é novo Transplante hepático, como última medida de salvar a sua Vida, que tem resultados imprevisíveis, podendo até chegar ao óbito.

Ao mesmo tempo em que se reconhece a importância do SUS, que segue num processo constante de aperfeiçoamento, não se pode negar a existência de uma crise assistencial concomitante nos serviços de Saúde no País, que acaba por ferir de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, principal vetor da Constituição Cidadã. Não é demais repisar que sem o acesso aos bens de Saúde, torna-se inimaginável a garantia da própria vida, quanto mais de uma existência digna.

Essa deflagrada crise é decorrente de uma série de fatores, sendo o sub-financiamento do SUS o principal fator desencadeador da precariedade de acesso e até da exclusão de milhões de brasileiros das ações e serviços de Saúde. Superar este obstáculo demanda um grande esforço de articulação política e institucional, com a finalidade de exigir dos governos o cumprimento das suas obrigações constitucionais.



Dessa forma, é importante o papel desempenhado pelo Poder Judiciário e pelos operadores do direito que devem lutar pelos direitos daquelas pessoas que precisam de uma medicação, principalmente para as pessoas que acabaram de ser premiadas com um órgão e que inevitavelmente precisam de medicamentos para continuar usufruindo da Vida.

Portanto, os direitos estão aí, agora dever-se-ia pensar na efetivação dos direitos fundamentais, sendo que é com esta que os governantes devem se preocupar, pois a Constituição e as Legislações já estão presentes, faltando, por vezes, o interesse em realizar políticas públicas voltadas para o bem estar social e não para interesses particulares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A batalha pela Vida quando se toma conhecimento de que se precisa de um órgão é algo que foge do poder de decisão da pessoa que necessita do Transplante, pois quem tem a palavra final são os familiares do falecido. Sendo positivo o cometimento da doação do órgão da pessoa que veio a óbito, começa a verificação de compatibilidade, feito isso, efetiva-se o ato cirúrgico.

Realizado o Transplante a batalha ainda não chegou ao seu final, começando uma nova fase, qual seja a manutenção da Vida e da Saúde do transplantado. E isso só é possível através da utilização de medicação, que são de preço elevado. O Estado, como visto, furta-se a disponibilizar a medicação de forma administrativa, “obrigando” o cidadão a ir até o Poder Judiciário para materializar o direito à Saúde e à Vida.

Percebe-se que todo o acompanhamento e realização do Transplante é algo inteiramente gratuito, financiado pelos cofres públicos, por que a dificuldade de disponibilizar a medicação que é um complemento de todo esse procedimento de alta complexidade?

O direito à Vida e à Saúde são direitos que estão assegurados há muitos anos, conforme analisado anteriormente, assim, o Estado deve respeitá-lo e efetivá-lo. Sabe-se que os direitos prestacionais, como o acesso a Saúde, são de difícil proteção, tendo em vista que necessita de valores financeiros para serem implementados. No entanto, o parco recurso não deve ser o motivo que inviabilize a continuidade da Vida.

O transplantado que passou por momentos de imensa expectativa, em relação a vinda do órgão compatível, não pode ser submetido a uma nova batalha no Poder Judiciário em face do Estado para alcançar a medicação imprescindível para a manutenção da Vida. A postura



omissa do Estado, em relação a isto, é inaceitável e fere de morte o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, é possível concluir que os direitos fundamentais da pessoa humana, principalmente o direito à Vida e o direito à Saúde, estão positivados na Constituição e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo que devem ser preservados e concretizados pelo Estado. A “Era dos Direitos”, como chamou Bobbio, chegou, agora é preciso dar um passo além e buscar meios para que a prestação a Saúde, especificamente ao medicamento, não precise passar pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BESSA, Maria Leticia de Castro. A Continuidade da Vida Depois do Transplante: Quando a morte gera vida. In: BAGGIO, Marco Aurélio; LIMA, Alzira Maria Carvalho. *Trans-Plante*. Belo Horizonte: Educação e Cultura, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Presidência da República. *Lei nº 9.908*, de 04 de fevereiro de 1993.
- _____. Presidência da República. *Portaria nº 270*, de 24 de junho de 1999.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PEREIRA, A.P. *Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- ROBERTS, John P. Transplante de Fígado. In: BENNETT, Goldman. *Tratado de Medicina Interna*. 21. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.