

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I – Justificativa e importância do tema	9
II – Delimitação do tema	10
III – Métodos e técnicas de pesquisa	12
CAPÍTULO 1 – O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	13
1.1 Aspectos histórico-conceituais da saúde	13
1.1.1 Antiguidade	13
1.1.2 Grécia e Roma	14
1.1.3 Idade Média	15
1.1.4 Renascimento	16
1.1.5 Iluminismo	18
1.1.6 Revolução Industrial	19
1.1.7 Século XX	24
1.2 O conteúdo do direito fundamental à saúde	27
1.2.1 O conteúdo jurídico do direito à saúde	28
1.2.2 O núcleo essencial do direito à saúde	32
1.2.2.1 A relação entre saúde, vida, qualidade de vida, meio ambiente equilibrado e dignidade da pessoa humana	36
1.2.3 A saúde como direito social e fundamental	40
CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL	43
2.1 A contextualização do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988	43
2.2 A legislação infraconstitucional regulamentadora do direito fundamental à saúde	46
2.3 Os princípios constitucionais informantes da saúde	47
2.4 O Sistema Único de Saúde – SUS	50
2.4.1 Objetivos e atribuições	52

2.4.2 Diretrizes	54
2.4.3 Participação complementar das instituições privadas	57
2.4.4 Programa Mais Médicos	59

**CAPÍTULO 3 – A EXIGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** 64

3.1 A exigibilidade do direito fundamental à saúde 64

3.2 A judicialização do direito fundamental à saúde 67

3.2.1 Os principais conflitos relacionados à judicialização da saúde

3.2.1.1 Uma proposta de classificação dos principais conflitos relativos ao
direito fundamental à saúde

3.2.1.2 A interpretação judicial dos conflitos relativos ao direito fundamental à
saúde de acordo com a classificação proposta

**3.3 Considerações sobre a exigibilidade do direito fundamental à saúde no
direito estrangeiro** 75

3.3.1 Canadá

3.3.2 Itália

3.3.3 Portugal

3.3.4 Espanha

3.3.5 Estados Unidos da América

3.3.6 Austrália e Reino Unido

3.3.7 Colômbia

3.4 Reflexos da exigibilidade da saúde para o Estado brasileiro 87

3.4.1 O mínimo existencial

3.4.2 A reserva do possível

3.5 Reflexos da exigibilidade da saúde para o direito brasileiro 94

CONCLUSÃO 97

BIBLIOGRAFIA 100

INTRODUÇÃO

I - Justificativa e importância do tema

A Constituição de 1988 referiu-se expressamente à saúde como parte integrante do interesse público e como princípio-garantia em benefício de todos, levando-se em conta que as Constituições anteriores asseguraram a assistência à saúde tão somente ao indivíduo na condição de trabalhador.

De acordo com o artigo 6º da Constituição, são considerados direitos sociais *“a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados”*.¹

O artigo 196 da Constituição trata a saúde como *“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”*.

Dentro da relevância pública que a Lei Maior confere às ações e aos serviços de saúde, os artigos 197 a 200 abordam as diretrizes do sistema único, bem como o papel do Poder Público, de terceiros e até da iniciativa privada no mister de lidar com o direito fundamental à saúde.

Para além de sua consagração constitucional, a importância do tema situa-se na compreensão de que a saúde origina um correlativo dever de respeito e, até mesmo, de proteção e promoção por parte do Estado e dos particulares em geral, os quais se vinculam pela condição de destinatários das normas de direitos fundamentais

¹ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 64/2010.

- em especial, quando estiver em jogo seu conteúdo essencial, seu “âmbito juridicamente protegido”², vinculado diretamente aos valores basilares da vida e da dignidade da pessoa humana.³

Justifica-se o presente estudo na constatação de que, no Brasil, a saúde, embora amparada pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços necessários para sua promoção, proteção e recuperação, encontra limites na realidade social, econômica e cultural da sociedade, levando quem necessite de sua proteção a exigí-la perante o Judiciário.

Como se sabe, muitas vezes, não resta alternativa ao Judiciário senão assegurar o acesso a medicamentos, insumos e equipamentos que objetivam garantir o direito fundamental à saúde, adentrando a discricionariedade dos demais poderes, sem prejuízo de críticas, e instalando-se a judicialização do exigível direito fundamental à saúde.

II - Delimitação do tema

O direito à saúde encontrou, nos artigos 196 a 200 da Constituição, sua maior concretização no âmbito normativo-constitucional. Mas, assim como os demais direitos sociais prestacionais, o direito à saúde depende, em grande parte, de intermediação legislativa e de atenção orçamentária.

Surge, assim, o problema da exigibilidade perante o Estado de tais prestações materiais. A saúde impõe uma vinculação aos poderes públicos e, vezes várias, sua concretização é buscada no âmbito do Poder Judiciário. Tal realidade conduz, inevitavelmente, ao debate sobre o mínimo existencial, bem como à reserva do possível, a qual pode funcionar ora como um alargamento, ora como um limite jurídico e fático ao direito fundamental à saúde.

² MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; e DOMINGO, Tomás de. **Los derechos fundamentales en el sistema constitucional** - teoría general e implicaciones prácticas. Granada: Comares, 2011, p. 59.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à Saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, v. 25, nº 56, Porto Alegre, 2002, p. 48.

A problematização desenrolar-se-á a partir de alguns pontos desenvolvidos ao longo deste trabalho: Qual é o núcleo essencial do direito fundamental à saúde? Por implicar o direito fundamental à saúde um complexo de prestações, como determinar o nível essencial dessas prestações? Até que ponto o direito à saúde deve ser exigido e garantido pela via judicial? Esse provimento judicial, na forma de pleitos mormente pontuais, beneficia um direito social ou um direito individual? Qual o reflexo desse provimento judicial de prestações relacionadas à saúde em detrimento da separação entre os poderes? Quais os conflitos surgidos quando se têm em jogo o mínimo existencial e a reserva do possível? Quais parâmetros mínimos devem orientar a exigibilidade do direito fundamental à saúde como garantia de sua sustentabilidade?

Ante os mencionados argumentos, o assunto em estudo, por ser de grande amplitude, terá como *delimitação* didática a exigibilidade do direito fundamental à saúde ante os reveses à sua efetivação (em especial, o binômio mínimo existencial-reserva do possível), bem como sua interligação com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, conceitos que, por si só, confeririam legitimidade à exigibilidade da saúde em face da negativa de sua proteção.

Estrutura-se, para tanto, este trabalho em uma abordagem inicial sobre o direito fundamental à saúde, passando pelo desenvolvimento histórico do bem “saúde” até chegar ao atual conteúdo do direito fundamental à saúde e de seu respectivo núcleo essencial (Capítulo 1). Na sequência, apresenta-se o regime jurídico do direito fundamental à saúde expresso na Constituição e na legislação infraconstitucional, bem como o Sistema Único de Saúde (SUS), constituído pelo conjunto de ações e serviços públicos de saúde (Capítulo 2). É vista a exigibilidade do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico pátrio, considerando-se os principais conflitos surgidos e a judicialização destes, além da experiência do direito estrangeiro e dos reflexos da exigibilidade para o Estado e o direito brasileiros (Capítulo 3). Por fim, apresentam-se conclusões extraídas tanto na perspectiva unificadora do estudo da questão de fundo quanto na intenção de contribuir com argumentos, percepções e possíveis desdobramentos da exigibilidade do direito fundamental à saúde.

III - Métodos e técnicas de pesquisa

Partiu-se da bibliografia levantada (indicada pelo orientador e pela banca, assim como escolhida pela mestranda e identificada ao longo das disciplinas cursadas no mestrado).

Como o tema da dissertação não se encerra unicamente nos limites do Direito Constitucional e da Seguridade Social, algumas questões foram sanadas com o auxílio da bibliografia interdisciplinar, centrada, principalmente, nas disciplinas de Direitos Humanos, Sociologia, Economia e Política.

Também se recorreu ao direito estrangeiro, tanto de países que apresentam demandas assíduas tendentes à condenação do Estado à prestação de saúde quanto de países que não enfrentam a judicialização da saúde.

Para a análise jurisprudencial a respeito da temática, foi verificado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quando chamados a resolver conflitos, pela via recursal, sobre o direito fundamental à saúde e sua exigibilidade a partir do advento da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional subsequente.

A *metodologia* empregada aplica, especialmente, os métodos indutivo e dedutivo. A uma, para se encontrarem explicações sobre fatos específicos partindo de conceitos gerais constantes de teorias e leis, utilizou-se o método dedutivo. A duas, quando se partiu de fatos específicos para obtenção de conclusões gerais, recorreu-se ao método indutivo.

Por fim, a análise de resultados consistiu da sistematização de dados levantados e posterior confronto entre os mesmos, a fim de possibilitar uma reflexão sobre a exigibilidade do direito fundamental à saúde perante os tribunais pátrios.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1 Aspectos histórico-conceituais da saúde

Etimologicamente, o termo “saúde” remete ao radical latino *salus*, alusivo ao que é “inteiro”, “intacto”, “íntegro”. Na vertente grega, utilizava-se o radical *holus* para se referir ao “saudável” e ao “são”, numa referência à “totalidade”, à “inteireza”.

Como direito social e, portanto, dotado de trajetória histórica, o conteúdo do direito fundamental à saúde evoluiu, modernamente, para um plexo de ações e prestações matéricas tendentes à sua tutela.

1.1.1 Antiguidade

Ante a dificuldade de explicação da relação causa e efeito das doenças, os povos primitivos adotaram uma concepção mística de saúde, vista como condição sob influência de divindades, demônios e espíritos malignos, inferindo-se, pois, que a patologia guardava correlação com a mitologia.⁴

Assírios e babilônios atribuíam as perturbações da saúde à ação de demônios. O equilíbrio corporal poderia ser restabelecido pelas divindades, as quais eram invocadas pelos médicos-sacerdotes em apelo aos astros. Os sacerdotes também desempenhavam a função de médicos no Egito antigo.⁵

⁴ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: trajetória da saúde pública. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005, 1987, p. 14.

⁵ *Ibidem*, p. 17.

Os hebreus não associavam a doença necessariamente à intervenção do demônio ou de maus espíritos, mas acreditavam que a cólera divina punia os pecados humanos (em particular, o descumprimento dos mandamentos) por meio do adoecimento. A enfermidade externava, muitas vezes, o estigma do pecado, a exemplo da lepra. Deus possuía tanto o poder de punir os humanos com a doença quanto o poder de curá-los.⁶

Essa visão mítico-religiosa vigente dos primórdios se rompe na Grécia antiga, em virtude do avanço experimentado pela medicina a partir dos estudos hipocráticos.

1.1.2 Grécia e Roma

Por volta do século V a. C., a Grécia clássica cultuava o “apto” e o “são”. Embora as doenças existissem e a expectativa de vida não fosse elevada, havia a preocupação com o equilíbrio entre mente e corpo, utilizando-se até mesmo a prática de exercícios para manter o vigor físico.

É oriunda de Esparta a citação, atribuída ao poeta romano Juvenal, *Mens Sana in Corpore Sano*, a qual sintetiza a percepção do ideal de saúde naqueles tempos. A partir da busca desse equilíbrio, os gregos começaram a conferir à saúde uma conotação de interesse público.⁷

O panteísmo também incentivava a busca da saúde. Os gregos prestavam culto tanto a *Asclepius* (deus da medicina e da cura) quanto à *Hygieia* (deusa da saúde) e à *Panacea* (deusa da cura).⁸

⁶ Ibidem, p. 17.

⁷ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

⁸ No culto dos gregos aos deuses: “Hygieia era uma das manifestações de Athena, a deusa da razão; e, se Panacea representa a ideia de que tudo pode ser curado – uma crença basicamente mágica ou religiosa -, deve-se notar que a cura, para os gregos, era obtida pelo uso de plantas e de métodos naturais, e não apenas por procedimentos ritualísticos. De outra parte, Asclepius, ou Esculápio, era associado a Apolo: musas e medicina, beleza e saúde.” (SCLIAR, Moacyr., op. cit., p. 22).

O culto grego aos deuses tinha particularidades em relação a outras religiões, por também empregar recursos práticos, e não somente apelar para o misticismo.

A Hipócrates (460-377 a. C.) é atribuído um dos primeiros tratados sobre a saúde, denominado “Sobre ares, águas e lugares”, texto integrante do *Corpus Hipocraticum* que, ainda nos dias atuais, influencia a compreensão da saúde, a exemplo do conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde - OMS.

Os romanos, embora aquém do contributo grego para a medicina, desenvolveram a engenharia, a administração, bem como a organização dos serviços médicos e do sistema sanitário. A assistência à saúde tornou-se um serviço público prestado pelo Estado.⁹

Todavia, a decadência do Império Romano traz consigo o declínio cultural do Império do Ocidente, resultando na denominada Idade das Trevas.

1.1.3 Idade Média

A Idade Média é apontada como um período de retrocesso para a saúde. As doenças marcaram o período medieval, em particular as epidemias, como a Peste de Justiniano (543) e a Peste Negra (1348). Citem-se, ainda, a lepra, a peste bubônica, a varíola, a difteria, o sarampo, a tuberculose, a erisipela e o tracoma como as principais doenças que afligiram o homem medieval.¹⁰

O Medievo sediou, do ponto de vista cultural, o teocentrismo e a preocupação com a vida após a morte. A Igreja ditou regras para as artes, a literatura, a filosofia e a ciência, sendo tida como reduto do saber, inclusive no tocante à medicina.

A primeira medida tomada pela Igreja era o isolamento dos doentes. A lepra, cujo tratamento não era conhecido pela medicina, fomentou a construção de

⁹ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**. Porto Alegre: Fabris, 2012, p. 83.

¹⁰ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 38.

leprosários pela Igreja. A peste bubônica, pelo contrário, foi abordada com uma política preventiva, a qual incluía educação em saúde e incentivo à higiene pessoal.¹¹

Vem do período medievo a assistência médica. No início da Idade Média, a medicina era desempenhada pelo próprio clérigo, mas, posteriormente, os leigos passaram a exercer a profissão de médico, organizados nas associações de auxílio mútuo (guildas) e remunerados por algum senhor ou pelos particulares. Remonta também a essa época a propagação dos hospitais, como materialização da ideia de desenvolvimento da assistência para fazer frente às doenças.¹²

Não se pode negar que, não obstante o modelo costumeiro, o período medieval registrou uma movimentação considerável no sentido da assistência à saúde.¹³

1.1.4 Renascimento

Assinalando a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, o Renascimento representou, do ponto de vista comercial, o intercâmbio entre Ocidente e Oriente, resultando em uma expansão importante para o incremento cultural.

O desenvolvimento econômico robusteceu o Estado, mas é na cultura que o Renascimento tem sua maior expressão, com a paulatina cizânia do monopólio cultural exercido pela Igreja.¹⁴

¹¹ “A lepra foi especificamente tratada pela Igreja no Concílio de Lião, em 583, instrumento no qual foi restringida a associação livre de leprosos com pessoas sadias e no terceiro Concílio de Latrão, em 1179, no qual a enfermidade foi tratada com detalhes, estabelecendo-se uma verdadeira política para esse fim.” (RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 39).

¹² No Oriente, os soberanos e os funcionários públicos foram responsáveis pela criação de hospitais nos centros urbanos, destacando-se o desenvolvimento, por volta do século IX, da medicina nos países islâmicos. Já no Ocidente os hospitais resultaram da iniciativa da Igreja, sendo os hospitais monásticos, durante os séculos VIII a XII, praticamente as únicas instituições voltadas ao atendimento à saúde. (RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 42).

¹³ “Finalmente, os descobrimentos e as conquistas do Novo Mundo, com o surgimento de novos seres e de novas culturas, servirá para relativizar a ordem e os valores medievais, que pareciam absolutos. A unidade da humanidade terá que se basear em uma realidade natural e secularizada, comum a crentes e não crentes, com o que a igualdade se considerará mais como igualdade jurídica, própria do liberalismo burguês.” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales** - teoría general, v. I. Madri: Eudema, 1991, p. 112).

Uma releitura da cultura clássica foi feita pelo Renascimento. A ciência voltou-se para o prisma antropocêntrico, sendo sua propagação facilitada, em especial, pelo advento da imprensa.

Com o esboço da ciência moderna, a assistência à saúde também passa a se estruturar mais efetivamente, destacando-se, nesse período, o desenvolvimento das bases da medicina ocupacional.¹⁴

A administração da saúde pública ainda se centralizava em unidades locais, mas, aos poucos, o mercantilismo trouxe a noção de sociedade, com o conseqüente fortalecimento das políticas sociais, dentre as quais a assistência à saúde pública (o trabalhador era um fator de produção que contribuía para o desenvolvimento político-econômico do Estado).

Na Inglaterra, a Lei dos Pobres, de 1601, não inovou significativamente em termos de saúde, mas tornou a solidariedade para com os necessitados uma obrigação legal. Adveio a instalação de hospitais gerais, que mais funcionavam como casas de internação voltadas aos pobres e inválidos.

Na ocasião, a Lei dos Pobres estava a serviço de um sistema assistencial gerido pela freguesia, uma vez que, por volta de 1600, a Igreja perdeu o controle sobre a propagação da pobreza e do desemprego. O Estado precisou intervir, orientando as freguesias a arrecadarem impostos para auxiliar os pobres, fornecer empregos, castigar os indolentes e oferecer caridade aos velhos, doentes e incapacitados.

A Lei dos Pobres era, portanto, menos uma lei social e mais uma iniciativa política para banir a sujidade. Ressalte-se, entretanto, que tal lei foi importante para criar e firmar a responsabilidade de toda a comunidade no tocante à assistência aos

¹⁴ No tocante ao período, o contexto permitiu que “ANDREAS VESALIUS, médico de Bruxelas, pesquisasse o corpo humano por meio da dissecação de cadáveres. MIGUEL SERVET, espanhol, também médico, descobrisse a pequena circulação do sangue ou circulação pulmonar pelas artérias e o inglês WILLIAM HARVEY completasse tal descoberta, analisando o retorno do sangue ao coração pelas veias.” (RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 48).

¹⁵ O médico e professor da Universidade de Pádua Bernardino Ramazzini foi um dos precursores da medicina ocupacional, com destaque para o seu estudo *De Morbis Artificum Diatriba* (Tratado das Doenças dos Trabalhadores), de 1700.

indigentes, sendo uma espécie de normatização da solidariedade. Conquanto não mencionasse expressamente o tema saúde, voltava as atenções aos deficientes físicos, inválidos e idosos, entre outros, quando em situação de pobreza e incapacidade para o trabalho. Essa lista, posteriormente, estendeu-se aos cuidados médicos e de enfermagem.¹⁶

Para a saúde, o Renascimento significou a sobreposição gradual da ciência sobre o dogmatismo eclesiástico medieval, até porque a expansão ultramarina fez retornar o intercâmbio cultural entre Ocidente e Oriente. Os médicos passaram a exercer o ofício de forma liberal, enquanto o Estado, no afã de expansão mercantilista, franqueou a assistência médica à sociedade.

Manifestaram-se no Renascimento dois novos valores: a *saúde da pessoa humana*, mesmo que relacionada apenas aos partícipes da cadeia de produção; e a *preocupação estatal* em incentivar os cuidados com a saúde humana, como garantia de sua própria estrutura. Ambos os valores conduziram para a necessidade de normatização da saúde.

No período do Renascimento, merece ênfase o fato de a ciência social passar a se relacionar com a ciência da saúde, o que decorreu de uma política mais atenta à saúde dos trabalhadores, enquanto força produtiva de interesse estatal.

1.1.5 Iluminismo

O Iluminismo (1730 - 1830) colocou a razão como móvel do avanço social, empregando o conhecimento na melhoria da condição humana. Ademais, a lei deixa de se voltar contra as pessoas, passando, doravante, a também favorecê-las.

Na quadra iluminista, emergiu, ainda, a preocupação com um funcionamento da economia dissociado do sistema feudal e do clero (sobretudo, pelo pensamento de

¹⁶ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 40.

Adam Smith), o que, inevitavelmente, refletiu na esfera da saúde dada a aceitação do conhecimento oriundo da ciência.¹⁷

Há quem defenda que, marcando o fim do Século das Luzes, o Código Napoleônico, concluído em 1804, reafirmou a autonomia privada e favoreceu o setor econômico, deixando setores sociais a descoberto, inclusive com a eliminação das guildas e corporações. A despeito dos problemas sociais, o Código de Napoleão teria tratado da situação do sujeito individualmente considerado, voltando-se à classe média sem adentrar as mazelas sociais, *“esquecendo o problema do trabalho das mulheres e das crianças; flagrante, também, o seu desinteresse pelo próprio contrato de trabalho, que mereceu a mais parca das referências”*.¹⁸

Entretanto, importa frisar que o Iluminismo interpretava os problemas de saúde e sanitários como questões de fundo social, cuja relevância para o indivíduo e a sociedade demandava políticas assistenciais de governo. Inicia-se, assim, o entendimento da saúde em sua dimensão coletiva, urbana e social.

1.1.6 Revolução Industrial

Com reflexos na economia mundial, a Revolução Industrial foi, sem dúvida, um marco para a saúde, tanto sob o aspecto positivo quanto negativo. O processo de industrialização, iniciado na Inglaterra, traz a urbanização e o declínio da mão de obra artesanal e agrícola, com consequentes implicações sociais oriundas dos novos métodos de produção.

¹⁷ “De outra parte, o desenvolvimento inicial da produção industrial deu origem a renovado interesse social pelas questões de economia. ADAM SMITH defendeu a teoria de que a economia funciona por si mesma. No seu livro “A riqueza das nações”, SMITH tenta, pela primeira vez, estudar as diversas forças que agem na vida econômica de um país. Um problema particularmente importante, que é examinado com destaque, é a questão da divisão do trabalho. A religião, sob qualquer dogma, foi considerada perniciosa e deliberadamente falsa. (...). O mundo ocidental assistia ao auge de um lento processo de amadurecimento iniciado com a decadência do sistema feudal e o aparecimento de uma nova força social, a burguesia. Os iluministas abandonam o domínio do clero e das monarquias absolutistas pela crença no conhecimento científico. Tal conhecimento propiciou o crescimento da sociedade, produzindo transformações econômicas, políticas, sociais e culturais.” (RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 57-58).

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Manual do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 46/47.

Sergio Pinto Martins elucida que o advento da máquina a vapor proporcionou a instalação de indústrias onde houvesse carvão. Adveio, portanto, um ambiente de trabalho fabril deletério à saúde dos obreiros.¹⁹

A Revolução Industrial é, por conseguinte, o marco das novas condições de trabalho, as quais, no âmbito da saúde, assinalaram o surgimento de um novo perfil de doenças fomentado pelo êxodo rural, pelo inchaço da urbe e suas decorrências (degradação do ambiente laboral, acidentes de trabalho, elevada produtividade, trabalho noturno, utilização da mão de obra infantil, problemas de saneamento e aumento da miséria, entre outros).

Data desse período o surgimento das primeiras leis relacionadas à saúde pública, a exemplo do *Health and Morals of Apprentices Act* e da *Lei de Peel*, ambos de 1802, e do *Act Factory*, de 1833, com a ingerência do governo inglês, a exemplo da difusão do modelo de serviços de segurança, higiene e saúde nas fábricas (inspeção do trabalho).²⁰

Por essa época, houve a Emenda à Lei dos Pobres, em 1834, com destaque para a medicina preventiva e para o esboço de uma medicina social. O surgimento da economia de mercado e dos modernos ambientes fabris e urbanos aceleraram situações antes contidas, demandando mecanismos de prevenção de moléstias e de proteção da saúde.

Assim, elaborou-se, em 1842, o *Relatório ou Investigação sobre as Condições Sanitárias da População Trabalhadora da Grã-Bretanha*, a partir dos estudos de Edwin Chadwick, para identificar as condições da população nos centros urbanos.²¹

¹⁹ “O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamento, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia.” (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6-7).

²⁰ SCHILLING, R. S. F. **Developments in occupational health**. Occupational health practice. Londres: Butterworths, 1973, p. 11.

²¹ “A consequência imediata do relatório de CHADWICK foi a criação, em 1843, de uma Comissão Real para Investigação da Situação das Cidades Grandes e dos Distritos Populosos, mostrando tal investigação que as condições existentes eram de superpopulação e congestão, pobreza, crime,

A obra de Karl Marx refere-se à saúde como elemento de destaque na relação capital-trabalho, sendo as forças vitais do trabalhador exauridas até as últimas consequências para o provisãoamento do mercado de trabalho.²²

Talvez por isso haja a crença de que os serviços de saúde foram impulsionados nos países capitalistas para conter as reivindicações sociais. Mas o próprio século XIX é marcado pela significativa redução da mortalidade (em especial, a infantil) e aumento da taxa de natalidade em países como França, Inglaterra, Gales, Dinamarca, Holanda, Suécia e Noruega, fenômeno este conhecido como *Revolução Vital* ou *Revolução Demográfica*, em paralelo às Revoluções Industrial e Agrícola.

Mais do que por intervenção do Estado, a Revolução Vital decorreu da própria mudança de hábitos higiênicos e sanitários da população, os quais, aliados aos progressos da alimentação e alguns avanços da medicina, resultaram na melhoria da qualidade da saúde.

Ainda no contexto capital-trabalho, a Alemanha era apontada como nação ideal para a criação do seguro social obrigatório, seja pela recente unificação, seja pela necessidade de conter o proletariado e pelas condições financeiras e atuariais propícias a uma melhor distribuição de renda.

No século XIX, o papel dos sindicatos na seguridade social foi modesto, mas não pode ser tido como displicente, porquanto, em particular na Alemanha, foi promulgado, entre 1883 e 1889, o primeiro arcabouço legislativo sobre seguros sociais obrigatórios (contra doença, contra acidentes e contra invalidez e doença): as denominadas leis de Bismarck, marco histórico da seguridade social.²³

insalubridade e mortalidade alta, resultando na criação do Conselho Geral de Saúde, cuja breve existência (1848-1854) não lhe tira a importância para o desenvolvimento da assistência pública à saúde urbana e dos trabalhadores. (...). O Public Health Act, de 1848, foi a primeira grande medida no plano assistencial, com o estabelecimento, em nível governamental, de um General Board of Health. Tal medida determinou, de uma forma descentralizada, a responsabilidade acerca da prestação de serviços de saúde no campo das doenças transmissíveis e de saneamento ambiental.” (RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, op. cit., p. 74-75).

²² MARX Karl. **Salário, preço e lucro**. Moscou: Ediciones em Lenguas Extranjeras, 1953, p. 73.

²³ PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

No tocante ao surgimento do seguro social, Otavio Luiz Rodrigues Junior entende que o Código Civil alemão de 1900 não desmereceu o contrato de trabalho nem fez diferenciação entre classes sociais, mantendo-se no propósito da igualdade e da liberdade. Na Alemanha, o final do século XIX é marcado por acentuado movimento legislativo reformista no campo social, citando-se: leis sociais precursoras da moderna seguridade social, remetidas ao Parlamento pelo próprio Kaiser (1881), bem como outras leis que abrangiam responsabilidade civil (1871), sociedades mercantis (1869 e ss.; 1891), direitos dos empregados domésticos (1896), lei de concorrência (1896, 1909), lei de seguros (1901, 1908). Aduz o autor que a historiografia contemporânea indigita um componente irracional do processo de legislação social alemã no reinado de Guilherme II. Mas, representando a aristocracia rural do Norte alemão, Bismarck opunha-se, na realidade, à política de transigir com os sociais democratas e os sindicatos, apoiadas pelo Kaiser Guilherme, que, *“no início do reinado, desejava ser o ‘imperador dos trabalhadores’ e, para se contrapor a seu chanceler, deu apoio a essas leis. O ultrarreacionário monarca era, em verdade, o patrono dessas leis avançadíssimas para a Europa do fin de siècle”*.²⁴

Antônio Menezes Cordeiro relata a insuficiência das módicas linhas destinadas pelo BGB à assistência social, principalmente por se cuidar de um momento em que o trabalho coletivo e os sindicatos já se haviam estruturado, ficando o diploma a desejar quanto ao ponto.²⁵

A despeito de a evolução histórica da saúde guardar vários momentos relevantes, é inegável que o mercantilismo e a Revolução Industrial atrelaram a saúde, ainda que involuntariamente, ao conceito de bem-estar.

Saliente-se o êxodo da população que, acostumada a modelos familiares e corporativos, segue rumo ao desamparo das cidades, deixando a condição de gente

²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, p. 81.

²⁵ “Na realidade, o BGB, tratando a prestação de serviço, não deixaria de consagrar, a cargo do empregador, um “dever de assistência”. Este incluiria deveres de cuidado na doença e de proteção perante os perigos que ameaçassem a vida ou a saúde do obrigado aos serviços, em termos que a própria lei declarava injuntivos - §§ 617 e ss. Saudadas como uma “novidade social e política”, estas disposições não puderam deixar de ser vistas como insuficientes, numa altura em que os sindicatos estavam consagrados e em que os níveis laborais colectivos eram uma realidade reconhecida.” (CORDEIRO, Antônio Menezes, op. cit., p. 48).

para se resumir a mero componente do trabalho. Tal processo teve como saldo a necessidade de surgimento de um Estado assistencial em contraposição ao Estado liberal.²⁶

A fleuma jurídica que, por séculos, pairou sobre a situação do trabalhador sofreu uma mudança repentina com a Revolução Industrial, sobretudo pela maior repercussão sociológica, pelo êxodo rumo aos centros urbanos, pelo considerável contingente assalariado e pelo abalo na saúde da população.

Surge, assim, a “questão social” como uma decorrência da Revolução Industrial. A busca do lucro foi incentivada pelo aspecto concorrencial da industrialização recente, pela oferta de mão de obra e pelo incremento do trabalho especializado, entrando em desuso a autossuficiência do labor individual. O poder público permaneceu omissos ante a nova realidade da concentração populacional, da falta de infraestrutura urbana, da degradação ambiental e da recorrente crise da economia. Os trabalhadores sofreram com salários irrisórios, jornadas de trabalho extensa, ambientes laborais precários, bem como com o descaso em relação à infância, à maternidade, à doença, à velhice e aos acidentes.²⁷

Com a consolidação do Estado Liberal burguês, a partir do final do século XVIII e durante o século XIX, o aglomerado populacional ao redor das fábricas, a exiguidade dos espaços e as precárias condições de higiene contribuíram para que as doenças se alastrassem entre trabalhadores, patrões e respectivos familiares, tornando-se inadiáveis os cuidados sanitários mínimos para não perecimento de ricos e pobres.²⁸

²⁶ “O ajustamento social foi o processo de recuperação dessa qualificação, em que os Estados tiveram de abandonar a sua cômoda posição liberal e tomar decidida posição na questão social, quando as correntes socialistas, sobretudo a do socialismo científico, ameaçaram solapar as bases do capitalismo. A própria Igreja, quando a corrente do socialismo cristão ainda não tinha encontrado bases filosóficas de defesa de um entendimento institucional entre patrões e operários, manifestou-se através da encíclica *Rerum Novarum* que foi um apoio para essa corrente, mas que, acima de tudo, orientou o mundo católico para a questão operária, e cuja ação foi notável no movimento de transformação do Estado liberal em Estado assistencial.” (PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares, op. cit., p. 37-38).

²⁷ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 42.

²⁸ “Tais fatos foram decisivos à reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção das fábricas, seja pela proteção da saúde dos próprios patrões; assim como pelo atendimento às reclamações dos operários, já organizados em movimentos de luta social, que exigiam o estabelecimento de melhores

Por conseguinte, a assistência pública deixou de se amparar na solidariedade doméstica, passando a demandar o enquadramento da tutela da saúde entre as atividades estatais, até mesmo sob o manto legal ou constitucional.

1.1.7 Século XX

Tendo o capitalismo fomentado, ainda que por via oblíqua, o cariz social da saúde, o século XX consolidou de vez a proteção sanitária como tema de interesse social e política de governo.

A partir da I Guerra Mundial, inicia-se um movimento social, político e econômico que, além de outros pontos, reconheceu a pessoa humana como sujeito de direitos,²⁹ entre os quais o direito à saúde. O rastro de destruição obrigou a necessidade de um novo pacto com o Estado.³⁰

Tal compreensão foi alargada pela Segunda Guerra Mundial, sobrevivendo a responsabilidade do Estado pela saúde e reconhecendo-se, dentro do raciocínio econômico, a importância da saúde do trabalhador para os resultados da produção.

Antes disso, o período pós-Crise de 1929 forçou os Estados Unidos a reestruturar sua política social, com vista à tutela do seguro social e da dignidade da pessoa humana para coadjuvar no impulso ao novo crescimento econômico americano. Mencionem-se, por exemplo, o *Social Security Act*, de 1935, aprovado pelo Senado americano; bem como a Carta do Atlântico, de 1941, firmada entre o Primeiro Ministro do Reino Unido Winston Churchill e o Presidente dos Estados Unidos da América Franklin Delano Roosevelt, a qual, apesar da finalidade política,

condições sanitárias para si e respectivos familiares. Como o Estado nada mais era do que instrumento do empresariado, mostrou-se relativamente simples a transferência dessas reivindicações, assumindo o Estado a função de garante da saúde pública. Nessa direção, destaca Schwartz que “o capitalismo, por mais paradoxal que pareça, fez nascer uma visão social da saúde.” (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79).

²⁹ Sobre a necessidade dos direitos humanos na época moderna: VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. Tradução de Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 2-8.

³⁰ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola, op. cit., p. 94.

continha um admirável relatório de meta para assegurar melhores condições econômicas, laborais e de seguridade social.³¹

A seu turno, Churchill atribui ao economista e sociólogo britânico Willian Beveridge a tarefa de remodelar o sistema inglês de seguros sociais, avaliação esta que resultou no Relatório Beveridge, de 1942, base da seguridade social moderna, visando ao enfrentamento dos principais males (necessidade, doença, ignorância, sujidade e desemprego), mediante a cooperação entre o Estado e a população (universalidade e solidariedade). Desse modo, as doenças oriundas do trabalho teriam cobertura pelo seguro social, enquanto as demais doenças demandariam um sistema nacional e racional de saúde, com ações de prevenção e de recuperação, à semelhança do modelo atualmente conhecido.³²

Criada em 1919 e prevista na Parte XIII do Tratado de Versailles, a Organização Internacional do Trabalho – OIT é tida como um marco da proteção dos trabalhadores, afirmando o preâmbulo de sua Constituição a existência de condições de trabalho que se escoram na miséria e nas privações, colocando em risco a paz e a harmonia universais.³³

Ao que se tem, as bases primeiras da OIT não trataram diretamente da proteção à saúde do trabalhador e, além do mais, a deflagração da Segunda Guerra Mundial estagnou as atividades da OIT. A abordagem direta da saúde do trabalhador somente veio a acontecer efetivamente em 1970, com a Declaração de Estocolmo, assim como com as Convenções 148/1977, 155/1981 e 161/1985 e as legislações ambientais subsequentes.³⁴

Antes, porém, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), cujos textos dos artigos 7º e 12 denotam, respectivamente, a abordagem do direito à

³¹ Ibidem, p. 96.

³² Ibidem, p. 98-99.

³³ “Já na primeira reunião da OIT, no ano de 1919, foram adotadas seis convenções, com visível propósito de proteção à saúde e integridade física dos trabalhadores, tratando de limitação da jornada de trabalho, desemprego, proteção à maternidade, trabalho noturno das mulheres, idade mínima para admissão de crianças e o trabalho noturno dos menores.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 1996, p. 55).

³⁴ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2008, p. 115.

segurança e à higiene no meio ambiente do trabalho e do direito de todas as pessoas usufruírem o melhor estado de saúde física e mental possível.³⁵

Com o advento da Organização das Nações Unidas - ONU (1945) e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), instituiu-se a Organização Mundial de Saúde – OMS (1946), órgão da própria ONU, cuja constituição objetiva o desenvolvimento máximo do nível de saúde de todos os povos.

O divisor teórico-conceitual da saúde surgiu, assim, com a criação da OMS, cuja Constituição, composta por 82 (oitenta e dois) artigos, traz em seu preâmbulo a definição da *saúde* como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.³⁶

Pode-se dizer que a OMS veio a expandir o conceito tradicional de saúde (a despeito dos limites culturais, sociais e econômicos com os quais ele se depara), acrescentando aos já existentes aspectos “curativos” e “preventivos” o sentido de “promoção”, segundo o qual a saúde não pode ser entendida somente como a “ausência de doença ou enfermidade”, mas também requer um estado ótimo de “bem-estar” (físico, mental e social).

³⁵ “Artigo 7º

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

(...).

b) Condições de trabalho seguras e higiênicas;

(...).

Artigo 12

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;

b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras;

d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.”

³⁶ O conceito de saúde proposto pela OMS também lida com opiniões infensas: “Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.” Ademais, o emprego da “expressão ‘bem-estar’ envolve um componente subjetivo dificilmente quantificável”. (SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 36).

Logo, a saúde deixa de ser precipuamente um direito apenas do trabalhador para se tornar um direito humano, muito embora a ONU tenha reconhecido a OIT como um organismo especializado.

Ademais, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas estabeleceu a Comissão de Direitos Humanos, destinada à promoção e à proteção da dignidade humana, trabalho que deu origem à Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, cuja aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas se deu em 1948. Ao tratar dos direitos sociais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos previu, em seu artigo XXV, o direito à seguridade social, no qual engloba a saúde como um direito assegurado a toda pessoa e a sua família.³⁷

Inúmeros outros documentos internacionais abrangem o direito a saúde, citando-se, por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5º, IV); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (arts. 11, 1, f, e 12); e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (art. 24). Mencionem-se, ainda, documentos regionais como o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988 (art. 10).

1.2 O conteúdo do direito fundamental à saúde

É sabido que, no tocante a muitos institutos, são inúteis as tentativas de defini-los de modo completo e acabado. Tal dificuldade se aplicaria à *saúde*, instituto

³⁷ “Artigo XXV.

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

jurídico de definição e conteúdo complexos, exatamente por implicar uma sorte de situações, efeitos e circunstâncias.³⁸

Seria mais razoável, portanto, a compreensão da essência do que passou a ser conhecido, pela maioria doutrinária, como *direito à saúde*.

1.2.1 O conteúdo jurídico do direito à saúde

Ao longo de sua trajetória, a saúde sempre foi, de um modo ou de outro, objeto de preocupação, inserindo-se na sociedade atual como tema dinâmico, de grande interesse para o direito e reconhecido em vários textos constitucionais.

A saúde passou a guardar estreita relação não somente com a vida, mas também com a qualidade de vida e com a existência digna, relação esta fomentada pelo reconhecimento de direitos e pela evolução das ciências da saúde.

Para além das definições clássicas da patologia e da clínica, a dimensão da saúde alcança, hoje, o aspecto físico, mental e social do indivíduo, de maneira que sua prevenção, proteção, manutenção e recuperação constituem “verdadeiras exigências da sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidades”.³⁹

Rara é a doutrina que conceitue o direito à saúde, havendo quem diga que “é um sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que tem a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”.⁴⁰

Giorgio Berti situa a saúde dentro do direito como uma conjugação de intrincadas situações que não são passíveis de conceitos exatos ou de simplificação,

³⁸ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira, op. cit., p. 81-82.

³⁹ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16-17.

⁴⁰ CORREIA, Sérvulo. Introdução ao direito à saúde. **Direito da saúde e bioética**. Lisboa: LEX, 1991, p. 41.

que não se postam precisamente no *direito subjetivo* ou no *direito objetivo*. Simultaneamente, a junção de tais situações intrincadas torna possível a exigência da saúde, inclusive na via judicial, por tratar-se de um direito que não é tão *individual* a ponto de abater sua validade social nem tão *social* ou *coletivo* a ponto de enfraquecer o valor individual nele contido.⁴¹

O Brasil, ao constituir-se em Estado Democrático de Direito, conforme disposto no *caput* do artigo 1º da Constituição, estabelece um compromisso político, jurídico e ético com a justiça social, a transformação da realidade e a superação das desigualdades sociais e regionais, a partir de vetores axiológicos como os direitos fundamentais (a exemplo da saúde). Tais direitos fundamentais vinculam a legislação, os Poderes, a administração pública em geral e as relações jurídico privadas.⁴²

Direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Maior, lembrando-se que a Constituição tratou os direitos fundamentais sociais do artigo 6º como autênticos direitos fundamentais.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a saúde é também reconhecida, no artigo 6º, inciso I, como um direito básico do consumidor, enquadrando-se, ainda, na definição de direito difuso constante do inciso II do artigo 81 do referido Código, por ser um bem indivisível e pertencente a titulares indeterminados.⁴³

⁴¹ BERTI, Giorgio. Le strutture pubbliche per la tutela della salute. **Problemi giuridici della biomedicina**. Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani. Roma, 4 - 6 dicembre 1987. (Quaderni di Iustitia 38). Milão: Giuffrè, 1989, p. 33-34.

⁴² SCHWARTZ, Germano, op. cit., p. 49-50.

⁴³ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
(...).

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
(...).”

Na verdade, o direito fundamental à saúde adveio de um contexto internacional de reconhecimento de direitos sociais, ou seja, de um momento focado na pessoa humana enquanto ser social, e não como componente individualizado na sociedade.

Tal constatação não equivale a dizer que o direito fundamental à saúde esteja destituído de uma faceta individual, pois, como direito, a saúde possui um alcance social mas também uma extensão subjetiva individual.⁴⁴

O próprio art. 196 da Constituição permite a identificação de um direito individual e coletivo ou social no tocante à promoção, proteção e recuperação da saúde, razão pela qual afirmar que tal dispositivo, “por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo Poder Público, significaria negar a força normativa da Constituição”.⁴⁵

Ao reconhecer a obrigatoriedade de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes portadoras do vírus HIV, o Supremo Tribunal Federal, dando concretude ao artigo 196 da Constituição, definiu o direito à saúde como *direito público subjetivo* indisponível e estendido à generalidade das pessoas, apto a conferir aos entes federados uma solidariedade obrigacional (dever de prestação positiva), independentemente de sua esfera de atuação na organização federativa brasileira.⁴⁶

Robert Alexy enfatiza que os direitos fundamentais sociais, a exemplo da saúde, são *direitos a prestações em sentido estrito*, ou seja, “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes

⁴⁴ TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 57.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 484. No mesmo entendimento: BALLERINI, Júlio César Silva. **Direito à saúde**: aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. 1. ed. São Paulo: Habermann, 2009, p. 85.

⁴⁶ STF. RE 271.286-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12-9-2000, DJ 24-11-2000.

e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.⁴⁷

Menciona-se a dupla dimensão defensiva e prestacional da saúde enquanto direito social. O direito à saúde, como direito de defesa, estabelece um dever (negativo) de respeito à saúde, de modo a não ofendê-la, e sim preservá-la. Como direito prestacional (positivo), há um dever, quase sempre estatal, de executar medidas concretas para incentivar e conferir efetividade à saúde da população, fazendo do indivíduo e da coletividade credores de um direito subjetivo a certas prestações materiais ou normativas.⁴⁸

Discute-se, ainda, a *obrigação de cada indivíduo e da comunidade* pela efetivação do direito fundamental à saúde,⁴⁹ analisando-se o binômio liberdade-individualidade na responsabilização de todas as forças sociais (*shared responsibility*).⁵⁰

Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, a cidadania tanto ganha importância quanto atrai direitos, deveres e responsabilidades previstos, implícita ou explicitamente, na Constituição. A inclusão social é um dos componentes do “sistema de corresponsabilidade entre governantes e governados”, a exemplo da Constituição de 1988 que confere assento à “sociedade solidária”, mas não diz, em momento algum, que esta é “caritativa” ou “virtuosa”.⁵¹

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 499.

⁴⁸ Nesse sentido: FILCHTNER, Mariana Figueiredo, op. cit., p. 88; e SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 10 out. 2014.

⁴⁹ Conquanto boa parte dos direitos sociais, culturais e econômicos “tenha por destinatário o Estado – a quem incumbe em primeira linha satisfazê-los ou criar as condições para os realizar -, também existem alguns em que o destinatário é a generalidade dos cidadãos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes; e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 113).

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008, p. 178.

⁵¹ JUCÁ, Francisco Pedro. **Finanças públicas e democracia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135.

1.2.2 O núcleo essencial do direito à saúde

A ideia de saúde como direito humano e fundamental a ser amparado pelo Estado passa pela compreensão não somente do direito à saúde como também pela percepção da saúde dentro da sociedade e de seu núcleo impreterível.

Se a saúde é de difícil definição, a maior parte da doutrina nacional e estrangeira refere-se ao “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, que, embora mereça proteção, torna-se passível, em havendo conflito, de ser objeto do método da ponderação de bens e interesses.⁵²

Assim, alguns autores adotam o entendimento de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais estaria no “mínimo existencial” ou em uma porção absolutamente necessária⁵³, cuja proteção não se vergaria nem mesmo à reserva do possível sob pena de esvaziamento de seu núcleo.

Para os limites deste estudo, importa analisar principalmente a premissa segundo a qual a saúde, como direito humano, respalda-se também no direito à vida e no princípio ontológico da dignidade da pessoa humana⁵⁴, uma vez que, consoante a perspectiva do mínimo existencial, a saúde integra o catálogo das necessidades básicas do ser humano.

Conforme Peter Häberle, os direitos fundamentais, por estarem mutuamente integrados em um sistema unitário, compõem o arcabouço constitucional e mantêm relação de reciprocidade com outros bens jurídico-constitucionais. Em função dessa premissa, é importante, recorrendo-se ao princípio da ponderação, estabelecer o

⁵² Nesse sentido: BRAGE CAMAZANO, Joaquín. **Los limites a los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004, p. 182-185; e SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21.

⁵³ SBDAR, Claudia Beatriz. **Amparo de derechos fundamentales**. 1. ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina, 2003, p. 255.

⁵⁴ Para Tomás Prieto Álvarez, a dignidade da pessoa humana é tanto substrato ou fonte dos direitos humanos como também objeto central da ordem pública (PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. **La dignidade de la persona – núcleo de la moralidade y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas**. 1. ed. Cizur Menor: Civitas, 2005, p. 162-190).

conteúdo e os limites dos direitos fundamentais para que não esbarrem nos demais bens jurídico-constitucionais também reconhecidos.⁵⁵

Na doutrina portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade aborda o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como uma dimensão de valores pessoais amparados em primeiro plano pela Constituição. Assim, o “núcleo essencial” agasalha as faculdades específicas que formam o direito descrito na hipótese normativa, as quais equivalem à projeção do conceito de dignidade humana individual no pertinente campo da realidade; alcançam as dimensões dos valores pessoais amparadas primeiramente pela Constituição; compõem e legitimam a autonomia daquele direito fundamental. As “camadas envolventes” interagem com outros valores (bens, garantias, comportamentos) também protegidos por aquele direito, porém menos típicos, mais relativos ou não tão relevantes, recebendo uma tutela constitucional de intensidade mais branda. Logo, o “domínio de proteção” de um direito possuirá um perímetro externo, cuja demarcação segue seus próprios limites intrínsecos ou imanentes, domínio este que se torna “espaço contínuo”, sem dissoluções bruscas, com uma intensidade normativa que decresce quando mais se distancia do núcleo essencial.⁵⁶

A Constituição pode, expressa ou implicitamente, atribuir à legislação ordinária que defina o conteúdo de um direito. Em tais circunstâncias, o conteúdo constitucional desse direito sofreria certa autolimitação diante da liberdade conferida ao legislador, de maneira que o núcleo essencial representaria um “conteúdo mínimo” do direito, de grande relevância nos direitos econômicos, culturais e sociais.⁵⁷

Nota-se, portanto, que, à parte das especificidades dos demais direitos fundamentais, quando se fala de conteúdo essencial do direito fundamental à saúde, é preciso distinguir os componentes abrangidos na garantia de proteção e promoção da saúde, os quais, ainda que vários, não podem servir de evasiva para o descumprimento do mister pelo Estado.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 33.

⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 175-176.

⁵⁷ Ibidem, p. 177.

A vagueza imposta às prestações que recaem sobre o direito à saúde tem sido relacionada à falta de identificação das obrigações que tal direito impõe ao Estado.⁵⁸

O conteúdo do direito à saúde teria relação direta com o teor das obrigações atribuídas ao Estado, ao indivíduo e à sociedade como um todo.

Desse modo, há autores que reconhecem que o direito à saúde não deve ser visto apenas sob o prisma da proteção senão que também pelo prisma da prevenção e da recuperação.⁵⁹

É verdade que a Organização Mundial de Saúde – OMS ampliou a definição de saúde, superando o conceito negativo de “ausência de enfermidade” para sobrelevar o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, o que se coaduna com a compreensão de qualidade de vida para além da mera prevenção da doença.

Alude-se, ainda, à necessidade de se transportar a terminologia adotada pelo constituinte de 1988 para o momento atual da saúde. Desse modo, a faceta “curativa” empregada no texto constitucional deveria ser vista, hoje, sob uma perspectiva social, preventiva e holística. O “risco de doença” estaria relacionado com o aspecto preventivo da saúde. A expressão “outros agravos” abarcaria as inúmeras e imprevisíveis superveniências que agredem a saúde. A “promoção” abrangeria a qualidade de vida, a qual é, modernamente, associada à saúde. A “proteção” seria uma prévia intervenção sanitária antes que a doença se manifestasse. Por fim, a “recuperação” seria o restabelecimento curativo do indivíduo que teve sua saúde acometida.⁶⁰

Não obstante a existência de ressalva doutrinária que alerta para a necessidade de classificação dos direitos fundamentais em “categorias” ou

⁵⁸ CAYUSO, Suzana Graciela. El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación. MACKINSON, Gladys Juana (Direc.); FARINATI, Alícia (Coord.). **Salud, derecho e equidad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 40.

⁵⁹ Nesse sentido: MARTINS, Sergio Pinto, op. cit. p, 514; SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.35.

⁶⁰ GLOBEKNER, Osmir Antônio. **A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55.

“espécies”,⁶¹ o direito pátrio ainda inclui a saúde entre os direitos de “segunda dimensão”, vinculando-o ao direito à atenção sanitária, a qual reuniria ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.⁶²

Outros autores não somente adotam a classificação dos direitos fundamentais em “dimensões” como também percebem a saúde, simultaneamente, como direito de “segunda” e de “terceira” dimensão. Embora o direito à saúde seja de segunda dimensão, cuida-se de um bem que se aproxima dos direitos de terceira dimensão, como a “solidariedade”, porquanto a tutela da saúde não se esgota apenas com a “cura” e a “prevenção”.

A partir desse raciocínio, a “qualidade de vida” estaria no “núcleo central” da saúde. O direito à saúde seria um dos componentes da cidadania, figurando *“como um direito à promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania que proteja a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver saudável”*.⁶³

É verdade que a introdução do elemento “social” e “solidário” no conteúdo do direito à saúde acaba por destacar em tal direito o problema da limitação dos recursos sociais e o consequente uso racional desse recurso escasso.

Aliás, diante da referida escassez, o setor privado passa a explorar, com fins lucrativos, produtos e serviços voltados à saúde, muito embora esta não deva ser vista como mercadoria, motivo pelo qual a sua exploração pelo particular justificaria o controle e a supervisão estatais.⁶⁴

O conteúdo do direito à saúde envolve o consenso entre o propósito ideal de saúde como “completo estado de bem-estar físico, mental e social” e sua

⁶¹ Criticando a divisão em gerações dos direitos humanos: DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 24; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira, op.cit., p. 65-67; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 191-192.

⁶² GLOBEKNER, Osmir Antônio, op. cit., p. 55.

⁶³ MORAES, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde. SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 24.

⁶⁴ GLOBEKNER, Osmir Antônio, op. cit., p. 56-57.

exequibilidade perante o contexto econômico, político e social. Tal como a própria definição de “saúde”, o “conteúdo do direito à saúde” passa por construção e reconstrução constantes, as quais envolvem situações concretas e promoção de bem-estar e qualidade de vida equânimes, individual e socialmente consideradas.⁶⁵

Sergio Pinto Martins afirma que o sistema de saúde envolve, pelo menos, três espécies de categorias, quais sejam, prevenção, proteção e recuperação. A prevenção diz respeito aos meios para evitar doenças, nos quais se inserem a vigilância sanitária e epidemiológica. A proteção relaciona-se a uma atuação constante antes mesmo da manifestação da doença. Já a recuperação envolve a participação dos serviços sociais e a reabilitação profissional, com vistas à reintegração do trabalhador tanto à sua atividade profissional quanto ao meio social.⁶⁶

1.2.2.1 A relação entre saúde, vida, qualidade de vida, meio ambiente equilibrado e dignidade da pessoa humana

Antes mesmo de ser um direito fundamental, a saúde é, indubitavelmente, um direito humano (inalienável, imprescritível e irrenunciável).

Como *direito humano*, a saúde estaria garantida no patamar do direito internacional e, logo, estendida a todas as pessoas, a despeito da existência ou não de vínculo com um Estado específico, sendo, ainda, oponível aos entes estatais no âmbito das instâncias supranacionais. Como *direito fundamental*, a saúde decorreria da consagração no arcabouço constitucional de cada Estado.⁶⁷

O direito social à saúde também é apontado como decorrência do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, de modo que o *direito à vida* pressupõe o acesso ou o direito à saúde. A saúde corresponde a um direito público subjetivo que

⁶⁵ Ibidem, p. 57.

⁶⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais** – orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 15.

pode ser exigido em face do Estado, o qual, a seu tempo, possui o dever de prestá-lo.⁶⁸

Há quem vislumbre a saúde como um sistema que se interage com outros sistemas sociais. Assim, a saúde integra o sistema da vida, que também forma o sistema social. A saúde corresponde a “um sistema dentro de um sistema maior (a vida), e com tal sistema interage”.⁶⁹

Quando se reconhece o estreito elo entre os direitos à vida, à saúde, ao meio ambiente e à dignidade humana, nota-se que sem saúde não existe vida digna e sem meio ambiente equilibrado não se pode ter saúde. Assim como a dignidade humana, o meio ambiente é “condição de realização do direito à saúde e, em última instância, do próprio direito à vida”, na qual se inclui a proteção do ambiente doméstico “sem a inoportuna interferência das agressões ambientais, como a poluição e tantas outras”.⁷⁰

Parece existir uma opinião majoritária na doutrina no sentido de que a vida e a dignidade da pessoa humana constituem necessidades existenciais do indivíduo, funcionando ambas como elo entre os direitos fundamentais sociais, tais como o direito fundamental à saúde.

Cabe pontuar que os direitos fundamentais sociais também costumam assumir um sentido distinto na ordem interna de cada constituição, pois a fundamentalidade de determinado direito em uma sociedade pode não ter a mesma relevância em outra sociedade, embora existam categorias de direitos universalmente fundamentais (como a vida e a dignidade da pessoa humana, que, relacionados a necessidades básicas, integram o mínimo existencial comum a todos os indivíduos).⁷¹

Fala-se, na literatura jurídica estrangeira, em interpretação positiva da *qualidade de vida*, percebida sob o aspecto do meio ambiente, da ecologia e das questões sociais, com enfoque na melhoria da vida dos membros de uma sociedade ou região. Tal interpretação se contraporia à visão negativa da qualidade de vida, na qual

⁶⁸ MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 514.

⁶⁹ SCHWARTZ, Germano, op. cit., p. 37.

⁷⁰ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira, op. cit., p. 65.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações, op. cit., p. 19.

as vidas individuais são postas em comparação para se aferir qual tem mais valor que outra (por exemplo, a preterição da saúde de um inválido em benefício de alguém que ainda possa contribuir para a edificação da sociedade). Entendida positivamente a qualidade de vida abrange a proteção da vida em todas as suas formas, facetas e estágios, voltada ao meio, às condições exteriores para todas as pessoas indistintamente.⁷²

Em interessante ponderação, Anne Fagot-Largeault alerta que a qualidade de vida é pluridimensional, ainda que analisada no que diz respeito à saúde, de modo que não pode ser mensurada, envolvendo tanto a aspiração individual em relação àquilo que traz melhoria à vida quanto os anseios coletivos que superam a pretensão individual. E, no quesito saúde, a noção de qualidade de vida não estaria a salvo do conflito entre o interesse individual e as políticas públicas, a exemplo das escolhas trágicas (*tragic choices*), as quais, em meio a escassez de recursos, forçam a escolha de beneficiários.⁷³

Nessa esteira de entendimento, dessumem-se critérios para a compreensão da qualidade de vida no que importa à saúde dentro do grau de desenvolvimento de cada Estado. Tais critérios orientariam o direito à saúde aos fins de justiça e igualdade material como lenitivo para as injustiças naturais (como a doença), mas sem descuidar do bom-senso, “admitindo a multidimensionalidade do conceito de qualidade de vida, individual e coletivamente considerado e, em função disso, de uma eventual limitação das prestações materiais a serem providas”.⁷⁴

Jorge Alfredo Kraut relaciona o direito à proteção da saúde ao conceito de qualidade de vida, o qual alcança não apenas a “proibição de comportamentos com efeitos desfavoráveis à pessoa humana que possam provocar sua deterioração ou incapacidade, mas também toda conduta que, independentemente da finalidade, configure qualquer forma de tratamento cruel, desumano ou degradante”.⁷⁵

⁷² DURAND, Guy. **Introduction générale à la bioéthique**. Saint-Laurent: Fides, 2005, p. 158.

⁷³ FAGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 2, n. 2, p. 82-107, jul. 2001.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 83-84.

⁷⁵ KRAUT, José Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 196.

A saúde pode ser vista também como um dos direitos vinculados à *dignidade da pessoa humana*, reconhecida esta última como uma das bases da vida em sociedade e dos direitos humanos, “garantia irrenunciável e inalienável, qualificando o ser humano como tal e dele não podendo ser destacado”.⁷⁶

A saúde confere à dignidade da pessoa humana a “materialidade concreta e específica”, uma vez que aquela integra o processo de realização do indivíduo como ser humano por reconhecer, no aspecto jurídico subjetivo, direitos voltados à efetivação de necessidades básicas (saúde, moradia, renda mínima, bem como direitos de natureza trabalhista, dentre outros).⁷⁷

Em posicionamento distinto da maioria doutrinária, Jorge Miranda entende que não há, obrigatoriamente, relação histórica entre *direitos fundamentais* e *dignidade da pessoa humana*. O elo jurídico-positivo entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana surge com o Estado Social de Direito e, em especial, com as constituições e os documentos internacionais do pós-Segunda Guerra, fazendo frente aos regimes que aviltaram a condição humana.⁷⁸ Alude à circunstância de a Constituição atribuir uma unidade de sentido, de valor e de anuência prática ao sistema de direitos fundamentais, a qual se ampara na dignidade da pessoa humana, isto é, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.⁷⁹

Assim, sustenta o constitucionalista português que os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comuns possuem origem ética “na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”. Entretanto, a quase totalidade dos demais direitos (incluindo os projetados em instituições) também se afirma no conceito de proteção e desenvolvimento das pessoas. Em meio à velocidade das mudanças do mundo atual, marcado por conflitos, desafios e interesses distintos,

⁷⁶ CORRÊA, Rui Cesar Publio Borges. Princípio da dignidade da pessoa humana em face dos trabalhos ditos “constrangedores”. **Temas de direito do trabalho**, v. I. JOÃO, Paulo Sérgio; e MANUS, Pedro Paulo Teixeira. São Paulo: LTr, 2008, p. 23.

⁷⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais** – efetividade frente à reserva do possível. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 318.

⁷⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 194-195.

⁷⁹ Ibidem, p. 197.

o “homem situado” somente consegue reaver a “unidade de vida e de destino” quando tem “consciência da sua dignidade pessoal”.⁸⁰

Poder-se-ia dizer, então, que a dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, uma vez que se mostra inarredável da pessoa enquanto sujeito, enquanto ser concreto, independentemente de já nascido ou em concepção, de gênero ou de cidadania, coenvolvendo a totalidade dos princípios relacionados “*aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas*” e podendo cogitar “*ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse*”.⁸¹

Enfim, quando se centra na faceta da fundamentalidade conferida pelas constituições a certos direitos, pode-se que dizer que direitos fundamentais são complementares entre si. Partindo dessa premissa e ao visio deste estudo, a *saúde*, a *vida*, a *qualidade de vida*, o *meio ambiente equilibrado* e a *dignidade humana* complementam-se e entrelaçam-se, sem prejuízo de um diálogo com outros direitos fundamentais.

1.2.3 A saúde como direito social e fundamental

Dentre os direitos sociais reconhecidos à pessoa humana e catalogados nas constituições atuais como direitos fundamentais, o direito à saúde merece destaque, pois de nada serviriam os direitos à liberdade se a pessoa não goza de uma vida saudável que lhe possibilite fazer suas escolhas.⁸²

Segundo Jorge Miranda, os direitos sociais são aqueles da pessoa posicionada na sociedade civil, relativos ao complexo de relações sociais em que a pessoa transita, de modo a “realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advenientes da

⁸⁰ Ibidem, p. 197-198.

⁸¹ Ibidem, p. 200.

⁸² SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira, op. cit., p. 61.

inserção nas múltiplas sociedades sem as quais ela não poderia alcançar e fruir os bens econômicos, culturais e sociais *stricto sensu* de que necessita”.⁸³

José Afonso da Silva entende que os direitos sociais abrangem situações subjetivas de indivíduos ou de um grupo de cunho concreto. Dependeriam, em parte, dos direitos econômicos, porquanto demandam uma política de intervenção e participação do Estado na economia, sem a qual restam ausentes as premissas essenciais para se erigir um regime democrático que proteja os fracos e numerosos.⁸⁴

Os direitos sociais seriam uma dimensão dos direitos fundamentais, sob a forma de prestações positivas oferecidas pelo Estado de modo direto ou indireto, tendentes a tornar equânimes as situações sociais díspares. Assim, os direitos sociais estariam vinculados ao direito de igualdade, sendo “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”.⁸⁵

Por fim, o direito à saúde se enquadraria na classificação dos “direitos sociais do homem consumidor”, mais especificamente entre os “direitos sociais relativos à seguridade”.⁸⁶

Parece claro que o direito à saúde é um representativo dos direitos sociais, fruto do Estado de Bem-Estar Social, cujo pensamento surgido na primeira metade do século passado emerge da negativa das propostas ventiladas pelo individualismo liberal.

O enfraquecimento do liberalismo convoca o Estado a administrar a crise social, o que se dá, em parte, pelo reconhecimento e tentativa de efetivação de direitos fundamentais, em particular pela oferta de serviços públicos correlatos.

⁸³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, op. cit., p. 108-109.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 288-289.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 289.

Não se pode desconsiderar, porém, que o direito fundamental à saúde, enquanto gênero, é dotado de uma faceta *individual* e de outra *social*. É *individual* porque a tutela de sua integralidade (física e psíquica) é devida a cada pessoa (direito inalienável do indivíduo), como componente da dignidade humana. É *social* porque confere obrigações positivas ao ente estatal, o qual deve entregar a todas as pessoas da sociedade um serviço público de saúde. Não obstante ser simultaneamente individual e social, merece ênfase a assiduidade de sua invocação como direito individual, pois cada pessoa poderá reivindicá-lo isoladamente, ou seja, independentemente de um pleito do grupo social.

CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

2.1 A contextualização do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988

Durante o Estado Liberal burguês, como já dito, a assistência pública - que envolvia a assistência social e médica -, passou a inserir a proteção à saúde entre as atividades estatais.

Desencadeada pela Revolução Industrial, a urbanização favoreceu o surgimento de novas doenças na realidade de trabalhadores, patrões e respectivos familiares. As reivindicações operárias e a necessidade de manutenção da produção fabril conduziram o Estado a garantir a saúde pública.⁸⁷

A partir da Segunda Guerra Mundial, criaram-se os sistemas de previdência social e, posteriormente, de seguridade social (previdência, assistência e saúde públicas).

Com a fundação da Organização das Nações Unidas - ONU⁸⁸ e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1945 e 1948, respectivamente, instituiu-se a Organização Mundial de Saúde – OMS, cuja constituição visou ao desenvolvimento máximo do nível de saúde de todos os povos.

No cenário brasileiro, os anos 80 experimentaram o movimento denominado *Reforma Sanitária*, cujo objetivo primordial era redirecionar o modelo assistencialista

⁸⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade, op. cit., p. 79.

⁸⁸ A Carta da ONU marca o surgimento de um novo direito internacional, abandonando o antigo modelo de Westfalia e formalizando um autêntico pacto internacional e um ordenamento jurídico supraestatal. Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 3. ed. Madri: Trotta, 2002, p. 145.

vigente para um modelo de ação estatal de caráter universalista que elevasse à saúde à categoria de direito. Assim, em 1986, durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, definiram-se as bases do Sistema Único de Saúde (SUS), com o subsequente reconhecimento constitucional, em 1988, da saúde como direito fundamental.⁸⁹

Trata-se, sem dúvida, de sequência história que influenciou as constituições do pós-Segunda Guerra, mas que, no Brasil, atingiu o ápice com a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 abordou a saúde, formal e materialmente, como direito fundamental⁹⁰ e espécie da Seguridade Social, fazendo referência expressa a ela como parte integrante do interesse público e princípio-garantia em benefício de todos, levando-se em conta que as Constituições anteriores asseguraram a assistência à saúde tão somente ao indivíduo na condição de trabalhador.

Consoante o artigo 6º da Constituição, “*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados*”.⁹¹

O Estado é o sujeito passivo desses direitos sociais – em regime de solidariedade entre todos os entes federativos -, o que não exime a sociedade de sua participação ativa nesse processo.⁹²

⁸⁹ TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 59.

⁹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet lembra a dupla fundamentalidade (formal e material) da saúde no ordenamento constitucional: “A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. (...). Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana, parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁹¹ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 64/2010.

Como prova disso, a Constituição estabelece, em seu artigo 194, que a seguridade social abrange “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

O artigo 196 da Constituição trata a saúde como “*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*”.

Do supracitado preceito, tem-se que a saúde é de acesso (i) *universal e igualitário*, porquanto garantido à generalidade das pessoas, nacionais ou estrangeiras, a despeito de etnia, sexo, origem e demais prováveis discrimenes fático-jurídicos, (ii) bem como deve ser *garantida por políticas sociais e econômicas*, isto é, um conjunto de atos e ações do Poder Público que garantam o referido direito a todos, atribuindo sua execução aos órgãos estatais competentes.⁹³

Não obstante a saúde seja “dever do Estado” e as ações para sua implementação tenham relevância pública, a execução do serviço de saúde far-se-á, nos termos do artigo 197 da Constituição,⁹⁴ de forma direta, por meio de terceiros ou por pessoa física ou jurídica de direito privado. Por conseguinte, o referido dispositivo não estabelece que a execução do serviço de saúde deve ser realizada obrigatoriamente pelo Estado, conquanto mantido o dever estatal de prestá-lo.

Seguindo a linha constitucional acima apontada, a Lei n. 8.212/1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social) define, em seu artigo 2º, *caput*, que “*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*”.

⁹² “Mas, sem dúvida, o Estado é visto como representante da sociedade, como a expressão personalizada desta. A seguridade social, por exemplo, é claramente apontada na mesma Constituição de 1988 como responsabilidade da sociedade inteira.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

⁹³ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78.

⁹⁴ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

A saúde, embora amparada pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços necessários para sua promoção, proteção e recuperação, encontra limites na realidade social, econômica e cultural da sociedade. Essa colocação é necessária, pois, como já dito, a responsabilidade pela saúde não é somente do Estado, mas também da sociedade, da família e de cada interessado.

2.2 A legislação infraconstitucional regulamentadora do direito fundamental à saúde

No Brasil, são inúmeras as leis ordinárias e regulamentos em matéria de saúde, o que talvez desloque as mazelas do sistema menos para a omissão legislativa e mais para a seara da formulação, implementação e manutenção das pertinentes políticas públicas e na composição dos gastos orçamentários.

Ocorre que, no direito à saúde, está presente uma considerável atuação legislativa no sentido de regulamentar os preceitos constitucionais, inclusive com a edição, na esfera da União, de uma eficiente legislação integradora do direito à saúde.

Por exemplo, o Sistema Único de Saúde está detalhado pelas Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) e pela Lei nº 8.142/1990 (que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde), lembrando que ambas dispõem sobre a obrigatoriedade do atendimento público a qualquer cidadão, com vedação de contrapartida em pecúnia sob qualquer circunstância.

Cite-se, também, a Lei nº 9.961/2000, que institui a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Lei nº 10.934/2004 (Lei Orçamentária da União); e Lei nº 10.205/2001, a qual regulamenta o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição (relativamente à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, bem como ao ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades).

Merece ênfase a Lei nº 9.913/1996, a qual inovou ao prever a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

Portanto, ante a considerável legislação existente, parece que o desafio maior da efetivação do direito fundamental à saúde se encontra nos limites mínimos em que se devem pautar os órgãos governamentais.

Nesse contexto, surge a abordagem sobre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*. Por um lado, são conhecidos os limites orçamentários que vinculam o Estado; por outro lado, o Estado deve garantir um mínimo aos cidadãos no tocante à oferta de serviços públicos de saúde.

Ao legislador, incumbe o importante papel de fixar os recursos destinados às políticas de saúde, os quais não poderão ficar aquém dos limites mínimos estabelecidos pela Lei Maior. Ao Executivo, compete gerenciar tais recursos, efetivando sua aplicação adequada nas áreas prioritárias de saúde.⁹⁵

Não se esqueça, ainda, de que a Constituição determina aos Estados federados e ao Distrito Federal a aplicação de, pelo menos, o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, no que se inclui aquela advinda de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção (art. 34, VII, 'e').

2.3 Os princípios constitucionais informantes da saúde

Como já visto, o direito à saúde tem previsão expressa como um dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição, sendo disciplinado, em pormenores, pelos artigos 196 a 200 da Lei Maior.

⁹⁵ MELO, Maurício de Medeiros. **O direito coletivo prestacional à saúde e o Poder Judiciário: a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007, p. 56.

O artigo 196 da Constituição estabelece a saúde como “*direito de todos*” e “*dever do Estado*”, a ser assegurado por “*políticas sociais e econômicas*” destinadas “*à redução do risco de doença e de outros agravos*”, amparado pelo princípio do “*acesso universal e igualitário*” no tocante “*às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

A *universalidade*, a *equidade* e a *integralidade do atendimento* podem ser apontadas como princípios basilares da saúde. O sistema público e nacional de saúde será de acesso a todos (universal), o que se fará de modo equânime (com justa igualdade), com o fito de proporcionar serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (atendimento integral).

Pelo princípio da *universalidade*, toda pessoa, a despeito de qualquer condição, terá direito à saúde (mesmo o estrangeiro residente no país, em observância a igualdade, sem distinção de nenhuma natureza, constante do *caput* do artigo 5º da Lei Maior). A assistência à saúde será dirigida a toda população, o que invoca a responsabilidade solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Antes mesmo de prever a universalidade específica para a saúde no artigo 196, a Constituição determinou, no artigo 194, inciso I, esse caráter universal (da cobertura e do atendimento) para toda a seguridade social, gênero do qual são espécies a saúde, a previdência e a assistência.

A universalidade também se opõe à estigmatização e ao paternalismo típicos de modelos de saúde insuficientes e voltados para as camadas menos favorecidas da população.

Exemplo de iniciativa do Estado brasileiro para a busca dessa universalidade foi a quebra de patentes de medicamentos, que, sem dúvida, contribuiu para a efetivação do caráter universal da saúde.⁹⁶

⁹⁶ “Melhor exemplo é a quebra de patente de medicamentos para o tratamento da AIDS e o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis. Antes de sua ocorrência, o deferimento de pedidos para a obtenção do “coquetel” para o tratamento da AIDS era extremamente comum no Supremo Tribunal Federal, e os custos com sua compra, elevados. Ainda que a questão tenha envolvido diversas negociações com organizações internacionais e embates diplomáticos, com a quebra da

Pelo princípio da *equidade*, o atendimento à saúde deve ser livre de preconceitos e privilégios, alcançando a população indistintamente. A todos é concedido igual direito de buscar que o Estado cumpra as obrigações devidas,⁹⁷ uma vez que a saúde, como um direito positivo, exige que os entes estatais e os órgãos públicos responsáveis por sua adequada efetivação atuem de modo pleno.

A judicialização da saúde, ante a recusa ou a omissão estatal de cumprimento de seu mister, pode ser apontada como invocação da citada igualdade.⁹⁸

Pelo princípio da *integralidade do atendimento*, os serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde requerem uma estrutura completa que atenda às referidas etapas, particularmente no que diz respeito à prevenção. Citem-se, por exemplo, a existência de estabelecimentos e de unidades de prestação de serviços; a qualificação do pessoal; a disponibilidade de meios de diagnóstico; os recursos materiais e financeiros; as ações de saúde destinadas a regiões ou grupos com necessidades específicas; as vigilâncias epidemiológica, ambiental e sanitária; e as campanhas de vacinação e de prevenção de doenças.

Como exemplo de ação preventiva de saúde, existe a conhecida vacinação contra a febre amarela, recomendada no calendário infantil e com reforço a cada 10 (dez) anos, levada a efeito, em especial, para extensa área do Brasil onde a transmissão é mais frequente, área esta que passa por uma revisão anual para identificar os municípios com maior risco de transmissão.

A “relevância pública” das ações e serviços de saúde vem expressa no artigo 197 da Constituição, competindo ao Poder Público a pertinente regulamentação,

patente, o Brasil passou a ter um dos melhores programas de prevenção e tratamento de AIDS do mundo, caracterizado pelo seu acesso universal e gratuito. Observou-se, com esse Programa, significativa redução da mortalidade e do número de internações e infecções.” (MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 486).

⁹⁷ Para Karl Larenz, a moderna compreensão da igualdade não se relaciona somente aos direitos e deveres cívico-políticos, mas também determina que o legislador, em geral, aparelhe com idênticas consequências jurídicas os fatos que sejam comparáveis em linha de princípio (LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993, p. 142).

⁹⁸ GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade** – introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

fiscalização e controle do setor, cuja execução será realizada diretamente ou por terceiros e, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

2.4 O Sistema único de Saúde – SUS

A configuração atual do Sistema Único de Saúde – SUS foi resultado de etapas evolutivas até ser reconhecido expressamente pela Constituição de 1988.

A Constituição do Império, de 1824,⁹⁹ e a Constituição da República, de 1891, não se referiram ao direito à saúde.

A Constituição de 1934 abordou, de modo incipiente, alguns temas sanitários. O artigo 10, inciso II (atribuição de competência concorrente à União e aos Estados para “cuidar da saúde”)¹⁰⁰ ofereceu inspiração para o artigo 23, inciso II, da Constituição de 1988 (competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “cuidar da saúde”).¹⁰¹ Já no artigo 138, a Constituição de 1934 incumbiu a União, os Estados e os Municípios de estabelecer providências legislativas e administrativas para minimizar a mortalidade e a morbidade infantis; relativas à higiene pessoal para conter o avanço de doenças transmissíveis; e relacionadas à preocupação com a higiene mental e à contenção dos “venenos sociais”.¹⁰²

⁹⁹ A Constituição Imperial de 1824 aludiu, em seu artigo 179, inciso XXXI, tão somente à garantia dos “socorros públicos”.

¹⁰⁰ “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...).

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

(...).”

¹⁰¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...).

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...).”

¹⁰² “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

(...).

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.”

A Constituição de 1937 e a Constituição de 1946 não incluíram o tema da saúde em seus textos.

Em 1948, a promulgação da Constituição da República Italiana, cujo artigo 32 previu a saúde como direito fundamental do indivíduo e de interesse da coletividade¹⁰³, bem como o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 25 relacionou a saúde à cidadania¹⁰⁴, retiraram tal bem da condição de mero fator de produtividade para assentá-lo como um direito do cidadão.

A partir dessa influência estrangeira, constituições posteriores passaram a prever expressamente o direito fundamental à saúde, a exemplo da Constituição Espanhola de 1978 (art. 43) e a Constituição Guatemalteca de 1985 (arts. 51, 69 e 93 a 100).

No cenário brasileiro, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, entidade autárquica federal ligada ao Ministério da Previdência e da Assistência Social e criada em 1974,¹⁰⁵ era responsável pela assistência médico-hospitalar, formando um sistema destituído de universalidade, porquanto se voltava aos segurados do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS e seus respectivos dependentes. O Ministério da Saúde encarregava-se das ações de promoção da saúde e de prevenção de doenças.¹⁰⁶

¹⁰³ “Art. 32.

A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo por disposição de lei. A lei não pode, em nenhum caso, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.”

¹⁰⁴ “Artigo 25º

1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

(...).”

¹⁰⁵ O INAMPS foi criado pela Lei n. 6.439, de 1º de setembro de 1977, bem como foi extinto (por força do art. 198 da Constituição e das disposições da Lei n. 8.080/1990, e da Lei n. 8.142/1990) pela Lei n. 8.689, de 27 de julho de 1993. Com a extinção da autarquia, suas funções, competências, atividades e atribuições foram distribuídas pelas instâncias federal, estadual e municipal gestoras do SUS, conforme respectivas competências, critérios e demais disposições das Leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

¹⁰⁶ Tal modelo era insuficiente para atender a saúde da população em geral, que buscava atendimento nos escassos hospitais públicos e nas entidades filantrópicas. (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade, op. cit., p. 96).

Instigada pela realidade nacional e internacional e pela Reforma Sanitária, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou o Sistema Único de Saúde – SUS, constituído pelas ações e serviços públicos de saúde integrantes da rede regionalizada e hierarquizada (art. 198), bem como financiado por recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, admitindo outras fontes (arts. 195 e 198, § 1º).

O SUS foi disciplinado pelo legislador ordinário por meio da Lei n. 8.080/1990, que dispõe sobre a organização e as atribuições desse sistema, cuja implementação é dever de todos os entes federativos, não excluindo o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.¹⁰⁷

2.4.1 Objetivos e atribuições

Os objetivos do Sistema Único de Saúde vêm descritos no artigo 5º, incisos I a III, da Lei n. 8.080/1990:

“Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

¹⁰⁷ “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.”

Os níveis de saúde informam o desenvolvimento social, econômico, político, científico e tecnológico dos países, tanto que, no Brasil, a Lei n. 8.080/1990, em seu artigo 3º, *caput*, traz como determinantes e condicionantes da saúde “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

Os objetivos do SUS deixam claro que a saúde não é somente um direito de dimensão individual, mas, simultaneamente, social, coletivo, transindividual, além de ser um instrumento do Estado para melhoria do desenvolvimento em sentido amplo.

De sorte a dar concretude aos objetivos do Sistema Único de Saúde, o artigo 200 da Constituição traz as atribuições de tal sistema, sem prejuízo de outras previstas na legislação infraconstitucional:

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

Importante reiterar que se inserem, no âmbito do SUS, as ações de vigilância sanitária, as quais saíram da restrita posição de mera polícia médica e passaram a ser vistas “como tutela da segurança decorrente do direito à proteção da saúde contra os riscos do consumo, em sentido amplo”, inclusive os relacionados ao meio ambiente.¹⁰⁸

Percebe-se, logo, que as inúmeras atribuições do SUS se espraiam por todas as atividades do sistema, abrangendo as etapas preventiva, promocional, protetiva e curativa da saúde.

2.4.2 Diretrizes

Não obstante seguir os já mencionados princípios constitucionais informantes da saúde previstos no artigo 196 da Lei Maior - a *universalidade*, a *equidade* e a *integralidade de atendimento* -, o SUS também possui diretrizes próprias.

O artigo 198 da Constituição prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma “rede regionalizada e hierarquizada” (*caput*), bem como se organizam com base nas diretrizes da “descentralização, com direção única em cada esfera de governo” (inciso I); “do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (inciso II); e “da participação da comunidade” (inciso III).

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade, op. cit., p. 100.

A *regionalização* volta-se à organização de serviços de assistência à saúde respaldados no conceito de prioridades e necessidades dos habitantes de cada Estado. Assim, competirá às Secretarias de Saúde Estaduais e à Secretaria de Saúde do Distrito Federal formular um “Plano Diretor de Regionalização”, assegurando à população um acesso aos serviços de saúde mais próximo de sua residência e em conformidade com suas necessidades específicas.

A rede regionalizada prevista no *caput* do artigo 198 da Constituição segue a referência de cada “região de saúde” no âmbito da qual se fará a hierarquização do atendimento. Há uma base territorial de planejamento da atenção à saúde, de acordo com critérios estabelecidos pelas Secretarias de Saúde a partir de dados sanitários, epidemiológicos, demográficos e socioeconômicos.

Visando a otimizar os recursos públicos, a *hierarquização* significa a divisão do atendimento em três níveis de complexidade, a saber, atendimento primário (baixa complexidade), atendimento secundário (complexidade intermediária) e atendimento terciário (alta complexidade). A ideia que norteia a forma de organização hierarquizada se relaciona ao fato de que as unidades de assistência primária formam um tipo de “porta de entrada” do sistema, a qual direciona o paciente para unidades de mais complexidade, de acordo com as especificidades do caso.¹⁰⁹

Pela diretriz da *descentralização*,¹¹⁰ autoriza-se a transferência de responsabilidades de gestão para os Estados e municípios, nos termos dos comandos constitucionais e legais que fundamentam o SUS, bem como se conferem atribuições comuns e competências específicas aos entes federativos. É pela existência dessa descentralização que há o repasse de recursos federais aos Estados e municípios aptos

¹⁰⁹ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 81.

¹¹⁰ A descentralização prevista no artigo 198, inciso I, da Constituição, além de regulamentada pela Lei n. 8.080/1990, tem estratégias e movimentos táticos destinados a orientar a operacionalidade do SUS, os quais são definidos pela Norma Operacional Básica do Sistema de Saúde (NOB – SUS/1996). A principal finalidade da NOB-SUS/1996 é “promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus municípios (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a consequente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS”. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

a receberem as transferências diretas.¹¹¹ Tais entes assumem a condição de gestores da execução de todo o sistema, devendo, antes, demonstrar que reúnem os pressupostos para o desempenho dos compromissos assumidos e para a assunção de responsabilidades. Aliás, como se sabe, a Constituição estabelece uma competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre ações de proteção da saúde.¹¹²

O artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.080/1990 define a *integralidade de assistência* como “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. Conseqüência lógica da inserção da saúde entre os direitos fundamentais, o *atendimento integral* diz respeito à total proteção da saúde em toda a amplitude de seu conceito, com ênfase nas atividades preventivas e sem prejuízo dos serviços assistenciais.

A proteção parcial da saúde deixá-la vulnerável a interesses outros, como, por exemplo, os orçamentários. Desse modo, o usuário do serviço público de saúde faz jus a um sistema integral, a despeito do custo ou nível de complexidade do tratamento.¹¹³

Além da previsão constitucional (inciso III do artigo 198), a Lei n. 8.142/1990 dispõe sobre a *participação da comunidade* na gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Tal participação comunitária na gestão do SUS se efetiva, principalmente, por meio do Conselho de Saúde, órgão colegiado formado por “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários”, atuando “na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente”, bem como “nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões

¹¹¹ Nesse sentido: MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à Lei nº 8.212/91: custeio da seguridade social. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

¹¹² “O SUS, assim, foi introduzido no âmbito federal, distrital, estadual e municipal, de forma sistêmica e coordenada, rompendo, em parte, com as premissas da forma federal de Estado, vez que sua nota de maior relevo é a cooperação entre os entes.” (SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, op.cit., p. 78).

¹¹³ Ibidem, p. 84.

serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo”, nos termos do artigo 1º, inciso II, parágrafo 2º, da Lei n. 8.142/1990.

Lembre-se, por derradeiro, que o artigo 7º da Lei n. 8.080/1990 elenca, em seus incisos, uma série de princípios que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados integrantes do SUS (contratados ou conveniados) deverão seguir, além, obviamente, das supracitadas diretrizes contidas no artigo 198 da Constituição.¹¹⁴

2.4.3 Participação complementar das instituições privadas

Como as ações e os serviços de saúde possuem “relevância pública”, o artigo 197 da Constituição impõe ao Estado o dever de regulamentá-los, fiscalizá-los e controlá-los, ainda que tal exploração se faça por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O artigo 199 da Lei Maior destina-se a dispor expressamente sobre a atuação complementar do setor privado na assistência à saúde, estabelecendo que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

¹¹⁴ “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.”

Na verdade, a Constituição não divide os serviços de saúde em público e privado, ou seja, não confere a eles regimes expressamente distintos.¹¹⁵ O constituinte preferiu dispor tanto o serviço privado de saúde quanto o serviço público de saúde na mesma seção, em capítulo reservado à Seguridade Social.

O setor privado não está a salvo dos rigores estatais definidos pelo constituinte no tocante ao direito fundamental à saúde. Ainda que o prestador de serviço seja particular, permanece incólume a subordinação ao direito fundamental à saúde, cuja proteção goza da primazia estabelecida pelo constituinte.¹¹⁶

Conquanto se volte particularmente para o SUS, a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, também reserva alguns dispositivos para tratar dos serviços privados de saúde (arts. 1º, 4º, § 2º, 6º, VI, 7º, *caput*, 8º, 15, XI, 16, XIV, 18, X e XI, 20 a 26 e 46).

A Lei n. 8.880/1990, ao regulamentar os comandos constitucionais que lhe são cometidos, emprega um tratamento sistêmico para a saúde, recorrendo a uma lógica semelhante para abordar os serviços de saúde público e privado. Isso é perceptível logo no teor do artigo 1º, segundo o qual referida lei “regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”.

Nos termos do artigo 20 da Lei n. 8.080/1990, os serviços privados de assistência à saúde “caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde”.

O bem comum não fica a benefício de interesses individuais, de modo que dispõe o artigo 22 da referida lei que, “na prestação de serviços privados de

¹¹⁵ No caso, é “um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*.” CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27-28.

¹¹⁶ TRETTEL, Daniela Batalha, op. cit., p. 62.

assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento”.

Empresas ou capitais estrangeiros não poderão participar direta ou indiretamente da assistência à saúde em território brasileiro, ressalvando o artigo 23 as doações de organismos internacionais ligados à “Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos” (*caput*), não sem antes o SUS autorizar o controle das atividades desenvolvidas e os instrumentos firmados (§ 1º). Desde que sem fins lucrativos, os serviços de assistência à saúde podem ser mantidos por empresas “para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social” (§ 2º).

Ressai nítido que os serviços de saúde público e privado são detentores de peculiaridades e diferenças, mas sempre deverão se pautar pela sobreposição do interesse público e do bem comum às pretensões individuais ou particulares, razão pela qual o constituinte e o legislador ordinário optaram pelos mesmos princípios e diretrizes para ambos os setores (público e privado).

2.4.4 Programa Mais Médicos

Dentro da atualidade do SUS, convém mencionar que a Lei n. 12.871, de 22 de outubro de 2013, instituiu o “Programa Mais Médicos”, pacto do Governo no sentido da melhoria do atendimento aos usuários do sistema, incluindo, basicamente, investimentos em infraestrutura de hospitais e unidades de saúde e a colocação de novos médicos nas regiões do País em que haja escassez de tais profissionais.

O artigo 1º da Lei n. 12.871/2013 esclarece os objetivos da instituição do Programa Mais Médicos, nos seguintes termos:

“Art. 1º É instituído o Programa Mais Médicos, com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde (SUS) e com os seguintes objetivos:

I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;

II - fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde no País;

III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;

IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;

V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desempenhadas pelos médicos;

VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;

VII - aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e no funcionamento do SUS; e

VIII - estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS.”

Não obstante estabeleça outras metas secundárias, o Programa Mais Médicos possui como finalidade mais conhecida a de recrutar, em caráter urgente, temporário e preventivo, profissionais médicos para trabalhar na atenção básica à saúde, com prioridade para as áreas periféricas de grandes cidades e municípios do interior do país.

Conforme o artigo 13 da Lei n. 12.871/2013, os médicos brasileiros têm prioridade em relação às vagas ofertadas, mas, ante a ausência ou insuficiência de interessados, serão aceitas candidaturas de interessados, haja vista o caráter

emergencial atribuído à saúde da população que reside nas áreas e regiões mencionadas.¹¹⁷

Atualmente, estima-se que, no Brasil, existem 1,8 médicos por 1000 habitantes, índice considerado baixo quando comparado com o de países vizinhos, como Argentina (3,2) e Uruguai (3,7), e de países europeus, como Portugal (3,9) e Espanha (4). A situação brasileira passa não somente pela carência de médicos, como também pela distribuição regional irregular de tais profissionais, pois 22 estados estão abaixo da média nacional em número de médicos.¹¹⁸

As principais ações destinadas à concretização dos referidos objetivos do Programa Mais Médicos são apontadas no artigo 2º da Lei n. 12.871/2013, que assim dispõe:

“Art. 2º Para a consecução dos objetivos do Programa Mais Médicos, serão adotadas, entre outras, as seguintes ações:

I - reordenação da oferta de cursos de Medicina e de vagas para residência médica, priorizando regiões de saúde com menor relação de vagas e médicos por habitante e com estrutura de serviços de saúde em condições de ofertar campo de prática suficiente e de qualidade para os alunos;

II - estabelecimento de novos parâmetros para a formação médica no País; e

¹¹⁷ “Art. 13. É instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido:

I - aos médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País; e

II - aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional.

§ 1º A seleção e a ocupação das vagas ofertadas no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil observarão a seguinte ordem de prioridade:

I - médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País, inclusive os aposentados;

II - médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício da Medicina no exterior; e

III - médicos estrangeiros com habilitação para exercício da Medicina no exterior.

§ 2º Para fins do Projeto Mais Médicos para o Brasil, considera-se:

I - médico participante: médico intercambista ou médico formado em instituição de educação superior brasileira ou com diploma revalidado; e

II - médico intercambista: médico formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da Medicina no exterior.”

¹¹⁸ Fonte disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/>>. Acesso em: 7 dez. 2014.

III - promoção, nas regiões prioritárias do SUS, de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde, mediante integração ensino-serviço, inclusive por meio de intercâmbio internacional.”

O Programa Mais Médicos também envolve o investimento em infraestrutura de hospitais e unidades de saúde, tais como a realização de obras e a compra de equipamentos para milhares de Unidades Básicas de Saúde (UBS); obras e aquisição de equipamentos para hospitais públicos, hospitais universitários e Unidades de Pronto Atendimento (UPA).¹¹⁹

Consoante o artigo 23 da Lei n. 12.871/2013, para a execução das ações do Programa Mais Médicos, os Ministérios da Educação e da Saúde estão autorizados a firmar acordos e demais instrumentos de cooperação com “organismos internacionais, instituições de educação superior nacionais e estrangeiras, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consórcios públicos e entidades privadas”, sendo permitida, para tanto, a “transferência de recursos”.

Além de dividir as opiniões da sociedade brasileira, a Lei 12.871/2013 tem sua constitucionalidade atualmente questionada no Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória n. 621/2013, convertida na referida lei, já tendo havido audiência pública para o debate do tema.

Cite-se, por exemplo, a ADI n. 5.035/DF proposta pela Associação Médica Brasileira e pelo Conselho Federal de Medicina, os quais sustentam vícios como: violação do direito à saúde; ofensa aos direitos sociais dos trabalhadores e ao princípio do concurso público; contrariedade ao princípio da isonomia; malferimento da autonomia universitária; dispensa de comprovação de proficiência na língua portuguesa; e afronta ao princípio da licitação pública e à proteção do mercado interno como patrimônio nacional.

¹¹⁹ Ibidem.

Aponte-se, ainda, a ADI 5.037/DF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados, a qual aponta outros vícios como: mitigação do princípio do concurso público; precarização das relações de trabalho, sem reconhecimento de vínculo empregatício; imposição de serviço civil obrigatório aos estudantes do curso de graduação em Medicina; violação à liberdade profissional e exercício ilegal da Medicina, sem revalidação do diploma dos médicos estrangeiros; inexistência de reciprocidade dos direitos assegurados aos estrangeiros; e violação ao princípio da isonomia quanto à residência dos pacientes alcançados, se nos centros urbanos ou nas zonas rurais.¹²⁰

É preciso concordar que a efetivação do direito fundamental à saúde é relevante, sendo, ao menos em tese e se bem cumprida, pertinente a essência do objetivo do Programa Mais Médicos, voltada a suprir a falta de profissionais no âmbito do SUS e enfatizar a prevenção da saúde. Ademais, as diferenças socioeconômicas entre as regiões brasileiras e a progressiva redução dessas disparidades regionais são objeto de expressa preocupação constitucional, sendo abordadas, em relação à saúde, no artigo 198, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição.

¹²⁰ STF. ADI n. 5.035/DF e ADI n. 5.037/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, pendentes de julgamento.

CAPÍTULO 3 – A EXIGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A exigibilidade do direito fundamental à saúde

O direito fundamental à saúde é exigível do Estado brasileiro, seja porque amparado no ordenamento jurídico interno (constitucional e infraconstitucional), seja porque o país é signatário de documentos internacionais nesse sentido.

A Constituição de 1988 positivou conquistas sociais em várias passagens de seu texto, a exemplo dos direitos sociais previstos no artigo 6º (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados).

São invocados, na prática, óbices à efetivação de tais direitos que vão desde a inércia legislativa à dificuldade de aplicação das leis existentes. Todavia, a doutrina e a jurisprudência têm reforçado a importância de se garantir a exigibilidade dos direitos sociais, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica é um instrumento a serviço da transformação social.

A força normativa e a materialidade da Constituição vêm reafirmadas no constitucionalismo do Estado Social, assim como o valor dos princípios. O limite conceitual da “norma programática” fica suplantado pela constituição dirigente, que recorre a um novo modelo de interpretação constitucional.

Como no Estado democrático de direito a Constituição é um instrumento de concretização dos objetivos estatais, a presença dos direitos sociais no texto constitucional impõe obrigações positivas aos poderes, atribuindo a característica da

exigibilidade a tais direitos. Logo, “como corolário da prestação positiva e da sua exigibilidade, vem a questão da previsão de recursos necessários ao seu atendimento a contento, e não parcialmente”, resultando em típicas obrigações de dar ou fazer, a exemplo do caso da saúde.¹²¹

Não é suficiente que o Estado admita a existência teórica e legal dos direitos sociais, e sim que também disponibilize condições para que o cidadão possa exigí-los e usufruí-los efetivamente, pois, ainda que paire sobre eles o signo da norma programática, prevalece, modernamente, a força dos princípios e da materialidade da Constituição.

Uma vez assentados no texto constitucional, os direitos sociais impõem obrigações positivas ao Estado, ou seja, passam a revestir-se de *exigibilidade* e, conseqüentemente, demandam recursos suficientes para seu pleno (e não somente parcial) funcionamento.¹²²

Ademais, positivados os direitos fundamentais e sociais na Constituição, confia-se ao Poder Judiciário uma participação política na garantia da exigibilidade desses direitos pela aplicação efetiva da vontade do constituinte gravada no texto constitucional.¹²³

A despeito da separação dos poderes, tal acesso à justiça acaba por viabilizar, em parte, a transferência da tensão havida pelas falhas dos procedimentos políticos para o espaço dos tribunais (redimensionamento da tradicional divisão entre os poderes), surgindo fenômenos como a judicialização, em particular dos direitos sociais.

Mas, sem perder de vista que a separação funcional dos poderes é um princípio jurídico organizatório fundamental da Constituição, alerta Canotilho para o

¹²¹ KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 232-233.

¹²² Sobre a juridicização da política: GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9 et seq.

¹²³ *Ibidem*, p. 243-246.

fato de que a ingerência indiscriminada dos poderes entre si prejudica a ordenação democrática das funções (*checks and balances*) determinada pela Constituição.¹²⁴

Não se deve olvidar a existência de inúmeros empecilhos à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais em comparação com demais direitos fundamentais, a exemplo dos direitos de liberdade, que não demandam alto custo. Um conhecido óbice aos direitos sociais é a dogmática da reserva do possível, invocada para justificar a inexistência de dinheiro nos cofres públicos para a efetivação dos direitos sociais.¹²⁵

Haja vista o considerável custo para implementação e manutenção dos direitos sociais, o Estado neoliberal passa a escorar-se na construção do direito alemão denominada “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), ou seja, os direitos sociais dependeriam, em síntese, da existência de reservas orçamentárias.

Todavia, a escassez de recursos orçamentários jamais deveria esbarrar nos direitos sociais, uma vez que estes deveriam ter atenção prioritária, e não serem desmantelados ou simplesmente delegados à iniciativa privada.¹²⁶

O direito fundamental à saúde é paradigmático enquanto direito social cujo funcionamento pleno é protelado pelo Estado sob a invocação da “reserva do possível”. Por conseguinte, a exigibilidade do direito fundamental à saúde vem sendo gerida em larga medida pelos tribunais brasileiros, com base em jurisprudência inovadora que supre (não sem críticas) o provimento estatal.

¹²⁴ “Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma organização jurídica de limites dos órgãos de poder. A ordenação funcional separada deve entender-se como uma ordenação controlante-cooperante de funções. Isto não se reconduz rigidamente a conceitos como “balanço de poderes” ou “limitação recíproca de poder”, nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e materiais. O que importa num Estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito de forma legítima.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 365-366).

¹²⁵ “Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 477.

¹²⁶ MELO, Tarso de. Neoliberalismo e “reserva do possível”. **Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo**. Enzo Bello (org.). Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 15.

3.2 A judicialização do direito fundamental à saúde

A *judicialização da saúde* é expressão genérica que abrange uma sorte de conflitos levados ao Judiciário com amparo no direito fundamental social previsto essencialmente nos artigos 6º e 196 da Constituição.

É bastante comum encontrar a *judicialização* associada ao *ativismo judicial*, ora se utilizando esses conceitos como simétricos, ora se procurando distingui-los. Ao exemplo de se afirmar que a judicialização seria um efeito decorrente da negativa ao direito social à saúde, enquanto o ativismo revelaria uma atuação judicial deliberada ao fim de interferir na realidade social.

Para que o ativismo se manifeste, ter-se-ia de judicializar um conflito, o que pode parecer um truísmo. No entanto, esse raciocínio encontra sentido quando se esclarece que o conflito judicializado é da espécie dos que normalmente não se resolveria no âmbito do Poder Judiciário, dada a existência de alguma margem de apreciação exclusiva do legislador ou do administrador. Dito de outro modo, a judicialização atingiria uma espécie de núcleo intangível de competência das demais funções do Estado.

Tal ordem de ideias pode ser dilatada para outros qualificativos da *judicialização*. Há muitas referências a uma “judicialização da política”, que são mais antigas que as relativas à “judicialização da saúde”. Encontra-se também a “judicialização das políticas públicas” ou a “judicialização do meio ambiente”. De modo mais rigoroso, é de ser anotado que a “judicialização” é intercambiável com o “controle judicial”. Persiste, assim, o problema da falta de rigor terminológico. Na maior parte dos casos, o que se pretende afirmar é precisamente a existência de um deslocamento para o Poder Judiciário do poder de planejar, escolher e executar determinadas ações (ou *policies*, para se guardar fidelidade à origem da expressão)

cometidas, na estrutura tradicional da repartição das funções estatais, ao Legislativo e ao Executivo.¹²⁷

Reconhecida essa impureza terminológica, importa, como já se fez no parágrafo antecedente, delimitar o objeto deste tópico: investiga-se uma forma particular de transferência de conflitos sobre o direito à saúde para o Poder Judiciário. Posto isso, é fundamental que se opere outro tipo de demarcação na pesquisa, isto é, saber quais conflitos são mais frequentes nessa “judicialização”.

3.2.1 Os principais conflitos relacionados à judicialização da saúde

Na questão da exigibilidade do direito fundamental à saúde, não há *um conflito*, mas, sim, *vários conflitos*.

Esse reconhecimento traz consigo duas resultantes. A primeira é que a pluralidade de conflitos demanda sua diferenciação, de modo especial quanto a seu objeto e aos sujeitos envolvidos. A segunda é que a admissão da existência de conflitos distinguíveis por objetos e sujeitos diferentes pode implicar uma requalificação do direito à saúde. A doutrina comumente timbra como “fundamental social” o direito à saúde, mas seria essa a única qualificação possível? Haveria espaço para defini-lo como um direito fundamental não necessariamente social?¹²⁸

¹²⁷ Essa confusão entre controle de políticas públicas, judicialização do direito à saúde e separação dos poderes não é estranha à jurisprudência: “Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF. SL 47 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17-3-2010, DJe-076, de 30-4-2010).

¹²⁸ Quanto a essa distinção: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de processo**, v. 34, n. 175, p. 9-33, set. 2009. Um exemplo dessa concepção reducionista do problema da qualificação jurídica do direito à saúde como direito apenas social: LIMA, Andréia Maura Bertoline Rezende de. O direito fundamental e social à saúde e a dignidade da pessoa humana na sociedade de risco. **Revista de direito privado**, v. 12, n. 47, p. 173-198, jul./set. 2011.

A relevância dessas questões é facilmente comprovável pelo elevadíssimo contencioso judicial sobre a oferta de serviços ou de bens ligados à saúde em pleitos individuais.

Nesse aspecto, a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública e as demais procuraturas judiciais do Estado ocupam-se, nos diferentes níveis federados, da defesa (quase indefensável) da “aparente” omissão estatal na prestação de “bens essenciais” às pessoas, a qual malferiria a “vida” e a “dignidade humana”.

3.2.1.1 Uma proposta de classificação dos principais conflitos relativos ao direito fundamental à saúde

Os principais conflitos sobre o direito social à saúde dizem respeito à sua prestação. Sob essa óptica, é nítida a divisão prática desses conflitos quanto a seu objeto: (1) *conflitos que recaem sobre a prestação de serviços*; e (2) *conflitos que recaem sobre o fornecimento de medicamentos*.

Os conflitos do grupo (1) podem ser genericamente enquadrados sob a prestação de serviços médico-hospitalares. Neste âmbito, situam-se mais frequentemente: (1.i) internação de pacientes em leitos hospitalares comuns; (1.ii) internação de pacientes em unidades de tratamento intensivo; (1.iii) realização de procedimentos médico-cirúrgicos; e (1.iv) realização de exames.

É possível distinguir o grupo (1) sob o aspecto subjetivo, considerando o destinatário da pretensão ao serviço médico-hospitalar: (1.1) as empresas privadas prestadoras de serviços de saúde em relação aos seguros-saúde; (1.2.) as pessoas jurídicas de direito público. Em relação a este último subgrupo (1.2.), pode-se verificar uma situação peculiar em que o usuário do sistema privado é transferido para o SUS, surgindo, com isso, um conflito entre as seguradoras e a pessoa jurídica de direito público (dito 1.2.a) quanto ao ressarcimento das despesas tidas com o usuário segurado, o qual não foi regularmente atendido pela prestadora privada do serviço de saúde.

Quanto aos conflitos do grupo (2), os sujeitos contra os quais se pretende o fornecimento de medicamentos são: (2.1.) as empresas privadas, no âmbito dos serviços contratados no sistema de saúde suplementar; (2.2.) as pessoas jurídicas de direito público.

No que se refere ao subgrupo (2.2), ele se subdivide em: (2.2.a) conflito entre as pessoas jurídicas de direito público da federação sobre quem é o prestador primário do medicamento, a saber, se a União, os Estados, o Distrito Federal ou os municípios, bem assim se essa responsabilidade é solidária; (2.2.b) conflito surgido quando o plano privado, à semelhança do subgrupo (1.2.a), transfere o ônus do fornecimento de medicamento para a pessoa jurídica de direito público.

Essa proposta de classificação de conflitos talvez exponha uma fresta na concepção tradicional de que o direito à saúde seja primordialmente *social*. São pretensões prestacionais à saúde as referidas nos subgrupos 1.1 e 2.1, primordialmente *subjetivas*, ainda que tuteladas por meio de ações civis públicas e mesmo quando açambarquem pretensões veiculadoras de direitos individuais homogêneos.

Em relação aos subgrupos 1.2. e 2.2., é preciso distinguir também as situações em que o Poder Judiciário atua em prol de interesses individuais (ainda que homogêneos) para satisfação de uma pretensão deduzida contra o Estado. A internação de um paciente (ou de um grupo de pacientes) ou o fornecimento de medicamentos para um indivíduo (ou para um grupo de indivíduos) evidencia esse caráter *subjetivo* e não *social* do direito à saúde invocado nessas pretensões pontuais. Nesse campo também se inserem prestações como a realização de procedimentos no exterior ou com uso de equipamentos diferenciados.

É verdade, por outro lado, que a natureza *social* do direito à saúde se evidenciará em situações em que o Judiciário determina, por exemplo, (a) a construção de hospitais, leitos ou dispensários; (b) sua localização em dada localidade; e (c) a abertura de hospitais universitários.

3.2.1.2 A interpretação judicial dos conflitos relativos ao direito fundamental à saúde de acordo com a classificação proposta

Antes de oferecer conclusões parciais sobre a classificação aqui proposta e seu impacto na exigibilidade do direito à saúde, é importante expor como o Poder Judiciário tem resolvido esses conflitos, tomando-se como base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao Grupo 1 (prestação de serviços médico-hospitalares). A jurisprudência entende que a falta de leitos hospitalares na unidade de tratamento intensivo do único hospital do município é ofensiva ao direito à saúde e “afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido”. Ademais, a reserva do possível não equivale à “carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar”.¹²⁹

As pessoas jurídicas de direito privado também devem oferecer leitos em unidades de tratamento intensivo, independentemente de questões formais, quando for determinado pelo Poder Judiciário.¹³⁰

Se houver revogação posterior de eventual liminar, com a cirurgia já realizada, é possível impedir a desconstituição dos efeitos do ato judicial, de molde a preservar a situação do paciente.¹³¹

¹²⁹ STJ. REsp 1.068.731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17-2-2011, DJe 8-3-2012.

¹³⁰ STJ. REsp 1.335.622/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18-12-2012, DJe 27-2-2013.

¹³¹ STJ. REsp 274.602/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 4-9-2012, DJe 29-10-2012.

Quanto ao grupo 2 (fornecimento de medicamentos). O provisionamento de medicamentos implica responsabilidade solidária dos entes federativos (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios).¹³²

O usuário do serviço público de saúde pode demandar contra quaisquer das pessoas jurídicas de direito público integrantes do Sistema Único de Saúde.¹³³ Assim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios respondem (em conjunto ou isoladamente) pelo fornecimento de medicamentos, podendo ser acionados no polo passivo com ou sem litisconsórcio com a União.¹³⁴ De acordo com essa posição prevaiente, “[a]inda que determinado serviço seja prestado por uma das entidades federativas, ou instituições a elas vinculadas, nada impede que as outras sejam demandadas”.¹³⁵

Os planos privados obrigam-se também a fornecer medicamentos a seus usuários, sendo abusiva a cláusula contratual que determine sua exclusão “somente pelo fato de serem ministrados em ambiente ambulatorial ou domiciliar”.¹³⁶ Além disso, a natureza de alto custo do medicamento é irrelevante para se conservar a obrigatoriedade de seu fornecimento.¹³⁷

Uma das mais lembradas decisões favoráveis ao *grupo 2* é a STA 175-AgR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.¹³⁸ Em termos esquemáticos, esse acórdão propôs um modelo “por etapas” para o conflito relativo ao fornecimento de medicamentos, assim consistente:

¹³² STJ. EDcl no AgRg no Ag 1.105.616/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28-5-2013, DJe 3-6-2013.

¹³³ STJ. AgRg no AREsp 316.095/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16-5-2013, DJe 22-5-2013.

¹³⁴ STJ. AgRg no AREsp 134.248/PI, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 2-5-2013, DJe 8-5-2013.

¹³⁵ STJ. AgRg no Ag 909.927/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 21-2-2013, DJe 27-2-2013.

¹³⁶ STJ. AgRg no AREsp 300.648/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23-4-2013, DJe 7-5-2013.

¹³⁷ STF. SS 4316, Rel. Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgado em 7-6-2011, publicado em DJe-112, de 13-6-2011.

¹³⁸ STF. STA 175 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17-3-2010, DJe-076, de 30-4-2010.

1) *Primeira etapa*: Existe política pública que açambarque a prestação pretendida? (1.a) *Sim*. Há direito subjetivo à saúde; (1.b) *Não*. Passa-se à segunda etapa.

2) *Segunda etapa*: A não existência da política pública é derivada de: (2.a) omissão legal ou administrativa; (2.b) decisão administrativa de não fornecer a prestação pretendida; (2.c) vedação legal. Na hipótese (2.c.), não há suporte jurídico à pretensão. Na hipótese (2.b), deve-se passar à terceira etapa.

3) *Terceira etapa*: Havendo decisão administrativa de não fornecimento de medicamentos, é possível identificar duas hipóteses: (3.a) o SUS fornece medicamento adequado aos protocolos, mas não necessariamente apto a solucionar o problema do paciente, o qual permanece submetido a uma situação de risco; (3.b) o SUS não possui o medicamento pretendido nem qualquer tipo de fármaco substitutivo.

Na hipótese (3.a), o juiz deve prestigiar os protocolos clínicos. Tal solução, porém, não implica que o Poder Judiciário ou o Poder Executivo não possam decidir de modo diferente ao do protocolo se, por razões específicas do organismo do paciente, fique comprovado que o tratamento fornecido não é eficaz ao seu caso.

Na hipótese (3.b.), deve-se passar à quarta etapa.

4) *Quarta etapa*: Não existindo no âmbito do SUS nenhum medicamento (ou, por extensão, tratamento específico) para a patologia que determinou a procura do paciente pela via judicial, exsurtem duas possibilidades:

(4.a) Deve-se recorrer a medicamentos (ou a tratamentos, conforme o caso) de natureza puramente experimental.

(4.b) Não há tratamentos alternativos ou novos disponíveis no âmbito do SUS. Neste caso, pode-se, ainda, identificar como hipóteses: (4.b.1) o Estado não é obrigado a fornecer os medicamentos experimentais; (4.b.2) não havendo novos tratamentos, a omissão administrativa pode ser objeto de impugnação judicial, tanto

por ações judiciais individuais quanto por ações coletivas, com ampla produção de provas.

Portanto, a jurisprudência indica que os conflitos classificados nos *grupos 1 (prestação de serviços médico-hospitalares)* e *2 (fornecimento de medicamentos)* são resolvidos pelo Poder Judiciário, em larga medida, por meio de fundamentações sincréticas, a exemplo de: (a) direito à vida e princípio da dignidade humana¹³⁹; e (b) ponderação de princípios (com a combinação de autores como Robert Alexy e Müller)¹⁴⁰.

A busca por uma fundamentação adequada para esses decisórios passa necessariamente pelo reconhecimento de algumas das conclusões parciais apresentadas nas seções pretéritas.

A primeira está em que é necessário distinguir a natureza dos conflitos envolvidos e dar um tratamento diferenciado ao *direito à saúde* como *direito subjetivo* e ao *direito à saúde* como *direito social*.

As decisões voltadas ao controle judicial das políticas públicas de saúde não de se compreender no universo exclusivo do artigo 6º da Constituição de 1988.¹⁴¹ É nesse espaço que o controle das chamadas *public policies* tem condições de se verificar, por meio de uma argumentação coerente com a transferência de legitimidade para escolher, planejar e executar as ações relativas à saúde.

Quantos aos conflitos dos *grupos 1 (prestação de serviços médico-hospitalares)* e *2 (fornecimento de medicamentos)*, é necessário distinguir entre aqueles que envolvem pessoas naturais e aqueles que envolvem pessoas jurídicas de direito privado. Há, aqui, uma relação de cunho cível, que se resolve pela interpretação e pela compreensão dos limites da autonomia privada e da atividade

¹³⁹ STJ. REsp 695.396/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 12-4-2011, DJe 27-4-2011.

¹⁴⁰ STJ. REsp 948.944/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22-4-2008, DJe 21-5-2008).

¹⁴¹ “Art. 6º 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.” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 64, de 2010)

regulatória do setor de saúde suplementar. Dito de outro modo, os conflitos são *antes* de caráter regulatório, na definição dos limites dos planos e de suas prestações aos sujeitos privados, e de caráter civil, na discussão dos contratos que envolvam as partes. A introdução de elementos argumentativos ou fundamentos teóricos da experiência alemã, como a reserva do possível, pode parecer, na realidade brasileira, um toque de afetação desnecessária.

Limitada a questão aos conflitos que envolvem os sujeitos privados e as pessoas jurídicas de direito público, estando evidentemente pré-excluídos os conflitos que realmente expressam um debate sobre o controle de políticas públicas, o que está em jogo será a tutela individual ou coletiva de interesses privados do usuário em relação a um prestador que é (eventualmente) uma pessoa jurídica de direito público. Assim, não há como se negar o efeito de uma substituição do Poder Judiciário ao fornecimento de serviços ou de bens a um indivíduo, sob o fundamento da proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, do levantamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que são majoritários os casos em que ambas as Cortes reconhecem a hipossuficiência e deferem a gratuidade da justiça em favor dos demandantes, o que colabora para a constatação de que, na espécie, nem sempre a “classe elitizada” é a que mais tem acesso à justiça nas causas individuais que envolvam a saúde, mesmo porque o acesso à justiça não se confunde com o acesso ao Judiciário.

3.3 Considerações sobre a exigibilidade do direito fundamental à saúde no direito estrangeiro

Este tópico faz um apanhado da exigibilidade do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico estrangeiro. Os países foram escolhidos quer por semelhanças com o sistema público de saúde brasileiro (Reino Unido) ou pela presença da judicialização da saúde (Colômbia e Estados Unidos), quer pela

discrepância do modelo de efetivação (Canadá, Itália, Portugal, Espanha, Suíça e Austrália).

Embora a escolha não tenha sido aleatória, o elenco dos países analisados é exemplificativo, pois, em virtude dos limites deste trabalho, não se pretende esgotar o tema. Aliás, a opção pelo estudo dos sistemas de saúde dos países abaixo deveu-se também à existência de dados atualizados e oficiais, sendo preterida a análise de sistemas de saúde pertencentes a países que não divulgam dados oficiais ou em relação aos quais não foi encontrado material informativo confiável.

3.3.1 Canadá

O sistema de saúde canadense é apontado como modelo de cobertura universal de qualidade. Os serviços são financiados com recursos públicos do governo nacional e das províncias e oferecidos, quase sempre, de modo gratuito em instituições privadas sem fins lucrativos.

A regulamentação do setor de saúde é feita, desde 1984, pelo *Canada Health Act*, o qual se ampara em quatro princípios: universalidade, gestão pública, integralidade de atendimento e portabilidade (na hipótese de mudança para outra província).

As províncias gerem o sistema para aqueles que residem em seu território, abrangendo imigrantes recentes que ainda não possuem cidadania local. Há tratamento equânime para as pessoas cadastradas em cada província, independentemente de renda ou origem, bastando, para tanto, o cadastramento no Ministério da Saúde.

Sabe-se que o Canadá opta por um serviço público de saúde que cobre “serviços médicos necessários”, os quais não são essencialmente restritos, abrangendo, por exemplo, tratamentos relacionados à fertilidade e à reabilitação para dependentes químicos, além de não existir limite da cobertura estabelecida, mesmo para doentes crônicos.

Os interessados dispõem de seguros privados suplementares não obrigatórios, que cobrem serviços eventualmente não abrangidos pelo sistema público (cirurgias estéticas, hotelaria de luxo em hospitais, tratamentos odontológicos, certos serviços oftalmológicos e *home care*), bem como de hospitais privados.

Somente 10% (dez por cento) dos médicos trabalham na iniciativa privada. A esmagadora maioria tem vínculo com as instituições sem fins lucrativos, geridas por organizações religiosas ou comunitárias ou pelas autoridades das províncias.¹⁴²

O sistema goza de continuidade política, uma vez que os partidos manifestam apoio à estrutura, o que resulta no profissionalismo da gestão. Ademais, a descentralização não afasta a regulação e a fiscalização do governo nacional.

A judicialização da saúde é pouco comum, embora o ativismo seja intenso. As críticas ao sistema de saúde restringem-se, principalmente, à ausência de autonomia dos cidadãos no momento da escolha dos médicos ou hospitais, não obstante exista a opção pelos médicos de família.

3.3.2 Itália

A Itália foi um dos primeiros países a amparar, no texto constitucional, a saúde como um direito fundamental.

A Constituição da República Italiana, de 1948, em seu artigo 32, reconhece a saúde como um direito fundamental do indivíduo, mas também de interesse da coletividade, sendo garantida, ainda, a assistência gratuita aos indigentes.¹⁴³

No direito italiano, o “estado de saúde” passou a dizer respeito não apenas a comportamentos ativos de pretensão do indivíduo ou grupo ou de oferta estatal ou

¹⁴² Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-%20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

¹⁴³ “Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a determinado tratamento sanitário, salvo por disposição de lei. A lei não pode, em nenhum caso, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.”

privada, abrangendo, além disso, o dever de não lesar nem submeter a saúde alheia a risco, bem como o direito ao ambiente saudável.

Nesse ínterim, o texto constitucional tem como legítimos os tratamentos sanitários coercitivos (por exemplo, nos casos de doenças contagiosas e infecciosas), contanto que haja previsão legal e seja respeitada a dignidade da pessoa humana.

Enquanto elemento indissociável da dignidade da pessoa humana, o *núcleo essencial* do direito fundamental à saúde não se sujeita a limitações orçamentárias, o que inclui a proteção da saúde dos cidadãos italianos que se encontrem temporariamente no exterior (não limitado a trabalhadores, estudantes, bolsistas),¹⁴⁴ bem como dos estrangeiros em situação regular ou irregular no território italiano nas situações inadiáveis e urgentes. A isenção de cidadãos hipossuficientes do financiamento da saúde, como alguns aposentados, também faz parte da proteção do conteúdo mínimo do direito fundamental à saúde, nos moldes do artigo 32 da Constituição Italiana.¹⁴⁵

3.3.3 Portugal

A atual Constituição da República Portuguesa, de 1976, prevê, em seu artigo 64.º, que a saúde é universal e tendencialmente gratuita, revelando-se um direito e dever de todos cuja proteção formal se empreende, em especial, pelo Sistema Nacional de Saúde (SNS).¹⁴⁶

¹⁴⁴ Segundo Mattia Persiani: “O Serviço Nacional de Saúde foi instituído pela Lei de 23 de dezembro de 1978, n. 833. Tal serviço é constituído pelo conjunto das funções, das estruturas, dos serviços e das atividades que visam à promoção, à manutenção e à recuperação da saúde física e mental de toda a população, sem distinções de condições individuais ou sociais e, conforme modalidades que asseguram a igualdade dos cidadãos (art. 1º, Lei n. 833, de 1978), independentemente do fato de se encontrarem temporariamente no exterior (Corte Constitucional, n. 309, de 1999).” (PERSIANI, Mattia. *Direito da previdência social*. 14. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 43).

¹⁴⁵ CICCONE, Stefano Maria. Os direitos sociais na jurisprudência italiana. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 2, Porto Alegre: HS, jan./mar. 2008, p. 101-102.

¹⁴⁶ “Artigo 64.º Saúde

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

Parece que o nacionalismo oriundo da Revolução dos Cravos, simbolizada pelo movimento democrático de 25 de abril de 1974, bem como o *standard* internacional ditados pela Organização Mundial de Saúde influenciaram na estruturação de um sistema nacional de saúde.

O Executivo destinou recursos para a saúde - em particular, no que diz respeito à construção de hospitais e ao fornecimento de serviços de baixa, média e alta complexidade no setor -, o que conduziu a um planejamento orçamentário prévio e à criação de novos organismos estatais. Surgiu uma intrincada e complexa intervenção do Estado-Providência na saúde, como um dos focos da própria governamentalização do Estado em Portugal.¹⁴⁷

Portugal, Espanha, Itália e Grécia formam um modelo social sulista, com características comuns, em especial pela fragmentação e corporativismo que conferem maior proteção à população urbana em detrimento daqueles que não vivem nos grandes centros. Nesses países, a despeito da existência de sistemas nacionais de saúde baseados no universalismo, permanece discreta a ingerência estatal na proteção social, atuação esta que é fortemente mesclada pela atuação conjunta entre instituições públicas e privadas, a exemplo do setor de saúde. O acesso à proteção social do Estado baseado no clientelismo faz com que as camadas não atendidas

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
- b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
- c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
- d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
- e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
- f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodpendência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.”

¹⁴⁷ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013, p. 170.

criem “estratégias informais de efetivação da saúde com iniciativas de entreajuda, solidariedade”.¹⁴⁸

Não obstante parte da população tenha permanecido excluída dos serviços, não há como negar que houve uma melhoria nos níveis de saúde, talvez por uma atuação da sociedade-providência em contraponto às falhas do Estado na saúde e na segurança social.

Foi como se a sociedade, ciente das assimetrias regionais, se acostumassem a não depender do Estado no campo da saúde, diferentemente dos anseios da sociedade brasileira. Dessarte, a “ideia de sociedade-providência é fundamental para compreender a responsabilidade do indivíduo pela sua saúde, e não sobre a política de saúde”¹⁴⁹.

A despeito das deficiências, o Serviço Nacional de Saúde mostra-se um modelo a ser consolidado a longo prazo, dada a complexidade e abrangência de suas metas, no qual o Estado, embora seja o maior financiador, admite e estimula a importância da participação da sociedade e do setor privado.

O fenômeno da judicialização da saúde foi experimentado por Portugal, na década de 70 e 80, como reflexo dos direitos sociais concedidos pela atual Constituição da República Portuguesa, que passou a vigorar em 25 de abril de 1976.

Ao que se tem, o Tribunal Constitucional enfrentou o tema da saúde apenas duas vezes, julgamentos estes que não se destinaram a determinar o cumprimento de qualquer obrigação, e sim a examinar a constitucionalidade de textos legais.¹⁵⁰

Acresça-se que o Tribunal Constitucional não exerce função política. É, sim, um órgão jurisdicional de controle normativo que aprecia e declara a inconstitucionalidade das normas oriundas dos órgãos estatais dotados de

¹⁴⁸ Ibidem, p. 172.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 172.

¹⁵⁰ NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 11.

competência legislativa que violem a Constituição da República Portuguesa ou os princípios nela assentados.¹⁵¹

O direito fundamental à saúde não é, portanto, motivo de ativismo judicial no Judiciário português, ao contrário do que vem ocorrendo no Brasil.

Aliás, pode-se dizer até que, no setor da saúde, Portugal passou por uma “desjudicialização” dos conflitos e das próprias políticas públicas, haja vista providências como (i) a transferência para a iniciativa privada da prestação de diversos serviços públicos, o que deslocou a ideia de “cidadão” para o conceito de “consumidor”; e (ii) o fortalecimento dos meios alternativos de resolução de litígios, tais como a mediação e a arbitragem.

3.3.4 Espanha

A Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 43, expressa reconhecimento ao direito à proteção da saúde, incumbindo os poderes públicos de organizar e prover a saúde pública por meio de medidas preventivas, prestações e serviços necessários.

Os direitos e deveres de todos em relação à saúde são disciplinados pela legislação infraconstitucional. Também fica a cargo da lei dispor sobre a universalidade, a gratuidade, o atendimento integral, o financiamento público, a descentralização para as comunidades autônomas e a integração das distintas estruturas e serviços públicos ao Sistema Nacional de Saúde.

Considerado eficiente, o sistema possui um nível de atenção primária, de acesso livre e imediato nos centros de saúde; e um nível especializado, realizado em hospitais e centros específicos, com algumas restrições para procedimentos mais complexos.

¹⁵¹ Ibidem, p. 12.

Os serviços de saúde podem ser explorados de modo complementar pela iniciativa privada, sobretudo por entidades sem fins lucrativos. Os seguros privados são difundidos, mas sofrem um reajuste de até o dobro para os contratantes com mais de 65 (sessenta e cinco) anos.

As pessoas não registradas nem autorizadas como residentes, a partir da entrada em vigor do Decreto-lei Real n. 16, de 20 de abril de 2012, sofreram restrição no acesso à saúde, o qual foi limitado a serviços especiais de emergência, de atendimento a menores de 18 (dezoito) anos e de maternidade,¹⁵² no intuito de racionalizar os gastos públicos e de representar economia para os cofres dos governos locais. Houve, assim, uma ruptura da universalidade.

O Tribunal Constitucional pode realizar o controle abstrato de constitucionalidade de lei que viole o direito à saúde, sendo, porém, mais frequente a abordagem indireta do direito à saúde sob a perspectiva de sua ligação com o direito à vida e à integridade física e moral, bem como de sua ligação com a distribuição de competências entre o Estado e as comunidades autônomas. Em casos tais, a Corte vem decidindo no sentido de que questões econômicas não são suficientes para limitar o direito à saúde e que a igualdade exigida pelo Estado se situa no campo do conteúdo mínimo do direito à saúde, o que não impede as comunidades autônomas de ampliar referida proteção.¹⁵³

A judicialização do direito à saúde na Espanha é refreada, em boa parte, pelas medidas regulatórias extrajudiciais de reclamação e de sugestões, as quais podem ser apresentadas até mesmo nos centros sanitários.¹⁵⁴

¹⁵² O artigo 1º do Decreto-lei Real n. 16/2012 acrescentou um novo artigo à Lei n. 16/2003 (Lei de Coesão e Qualidade do Sistema Nacional de Saúde), assim redigido:

“Artículo 3 ter. Asistencia sanitaria en situaciones especiales.

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”

¹⁵³ ESCOBAR ROCA, Guillermo. El derecho a la protección de la salud. **Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria**. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2012, p. 1073-1178.

¹⁵⁴ Idem. Las garantías del derecho fundamental a la salud en España. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 3-33.

3.3.5 Estados Unidos da América

Há anos, os Estados Unidos sustentam um sistema de saúde de elevado custo. Embora baseado em regras de mercado e na obrigatoriedade de contratação de seguros privados (planos de saúde individual ou fornecidos pelos empregadores), os gastos públicos são consideráveis, mesmo não existindo a universalidade comum a sistemas públicos de saúde de vários países.

A recente reforma do sistema de saúde americano foi instituída pelo *Patient Protection and Affordable Care Act* – PPACA ou *Affordable Care Act* – ACA (popularmente conhecido como *Obamacare*),¹⁵⁵ promulgado em 23 de março de 2010, tornando-se obrigatório a partir de 2014.

A estrutura básica do *Obamacare* traz várias etapas a serem implementadas até 2020, destacando-se pela imposição da contratação de um plano de saúde.

A contratação de plano de saúde é obrigatória, ressalvada a situação de alguns grupos religiosos isentos. As pessoas pobres que não tiverem condições de arcar com o prêmio serão subsidiadas pelo governo federal, bem como existirá, no âmbito estadual, um mercado de intercâmbio de planos para ampará-las. As sociedades empresárias com mais de 50 (cinquenta) empregados deverão contratar seguro-saúde para os empregados que laborem 30 (trinta) horas ou mais por semana.

As apólices dos seguros respeitarão padrões mínimos ("benefícios essenciais de saúde"), tais como inexistência de limite máximo para indenizações anuais ou vitalícias para a apólice individual.

Os planos de saúde e as seguradoras deverão aceitar todos os interessados em contratá-las, independentemente da história clínica pregressa desses proponentes, devendo calcular a mensalidade ou o prêmio, respectivamente, mais pela idade e região geográfica do que pelo gênero ou doenças preexistentes.

¹⁵⁵ MITCHELL, Luke. **Understanding Obamacare**. Disponível em: <<http://harpers.org/archive/2009/12/understanding-obamacare/>>. Acesso em: 19 mai. 2014.

A saúde levada aos tribunais estadunidenses diz respeito, em maior parte, à falta de consenso entre planos de saúde e hospitais sobre a interpretação de serviços necessários e a respectiva cobertura. O *Obamacare*, mesmo após ser declarado constitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos, também continua alvo de impugnação no que diz respeito à sua constitucionalidade.

3.3.6 Austrália e Reino Unido

Interessante observar que experiências estrangeiras relacionadas às parcerias público-privadas na saúde apontam que a transferência da totalidade dos riscos em saúde do setor público para o setor privado pode não ser a melhor opção no âmbito da eficácia-eficiência.

A Austrália experimentou o modelo contratual BOOT (*Build, Operate, Own, Transfer*), o qual se firma na lógica de política macroeconômica da suposta alternativa para os limites orçamentários. O modelo elege o critério fiscal para a realização de parcerias público-privadas, mas demonstrou, no caso, não oferecer eficiência na prestação de cuidados médicos.¹⁵⁶

Depois de experiências fracassadas, a Austrália passou a seguir o modelo de parceria aceito pela Inglaterra, o DBFO (*Design, Build, Finance and Operate*), no qual a ingerência pública é mais marcante e, no caso da saúde, a prestação de cuidados médicos não é oferecida, havendo, no entanto, opções variáveis que permitem incluir outros bens e serviços.¹⁵⁷

¹⁵⁶ SILVA, Pedro. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde** – o estudo dos serviços clínicos. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 164.

¹⁵⁷ “Através deste modelo [DBFO], o governo/autoridade de saúde estabelece uma parceria durante um determinado período, com um único parceiro privado, para que este realize e preste por conta do primeiro e de forma continuada um “pacote” de bens e serviços que integram infra-estruturas físicas, equipamentos e serviços relacionados e ainda os serviços de apoio à prestação de serviços clínicos, dentro de determinadas especificações, supervisionadas e controladas pelo parceiro público. Em contrapartida, o parceiro privado recebe um pagamento único e regular durante toda a vida do contrato, definido contratualmente, no qual se inclui uma parte referente ao investimento realizados nas infra-estruturas e outra referente ao fornecimento corrente dos serviços ou de outro modo à atividade operacional desenvolvida. O sistema de pagamentos incorpora, ainda, um mecanismo de deduções decorrentes das penalizações ocorridas por falhas ou deficiências no fornecimento de bens e serviços dentro dos termos e especificações inicialmente contratadas.” (Ibidem, p. 83-84).

A propósito, desde 1948, o Sistema Nacional de Saúde (*National Health System-NHS*) abrange os sistemas públicos de saúde existentes no Reino Unido, que funcionam de modo independente e são dotados de responsabilidade política perante o respectivo governo (Assembleia de Governo do País de Gales, Governo da Escócia, Executivo da Irlanda do Norte e, no caso da Inglaterra, Governo de Sua Majestade).

O NHS adota a universalidade, a igualdade e a integralidade de atendimento, bem como possui financiamento primordialmente público (dos impostos gerais e, em menor proporção, do orçamento da seguridade social), respondendo, aproximadamente, por 90% do setor de saúde. Em virtude da universalidade, existe, por exemplo, a inclusão de residentes permanentes, portadores de visto de trabalho, asilados, refugiados, estudantes com visto superior a 6 (seis) meses. Os casos não abrangidos, como turistas e estudantes de curso de duração inferior a 6 (seis) meses devem contratar seguro-saúde, ressalvando os atendimentos emergenciais. Os imigrantes ilegais terão pronto atendimento médico e serviços, devendo, posteriormente, pagar por essa utilização do sistema.

O sistema não cobre atendimento odontológico, serviços relacionados à oftalmologia e fornecimento de medicamentos (à exceção de crianças, idosos, gestantes e pessoas pobres, os quais terão medicação gratuita).

A iniciativa privada sempre conviveu com o NHS, mas no papel de auxiliar do predominante sistema público.

3.3.7 Colômbia

Na Colômbia, a saúde é reconhecida como um direito fundamental que abrange, entre outros, o acesso universal a serviços de saúde de modo oportuno, eficaz e com qualidade, desenvolvidos de forma descentralizada, com participação da

comunidade e especial atenção à infância, a exemplo dos artigos 44, 49 e 50 da Constituição Política Colombiana.¹⁵⁸

Em virtude da preocupante judicialização da saúde, a Corte Constitucional da Colômbia proferiu a Sentença T-760/08 em 31 de julho de 2008, julgado que se tornou paradigma da jurisprudência daquele país por reunir cerca de 22 (vinte e dois) casos concretos representativos dos principais conflitos judiciais que invocavam a tutela da saúde.¹⁵⁹

A partir dos casos debatidos por referido julgado, resultou uma importante consolidação jurisprudencial da Corte Constitucional quanto aos seguintes pontos: (i) a atenção básica à saúde deve ser gratuita, mas o direito fundamental à saúde não se mostra absoluto a ponto de tutelar prestações ilimitadas; (ii) por determinado período de tempo, será tolerada a divisão dos planos de saúde em contributivo e subsidiado, oferecendo este último menos serviços em razão da menor contribuição para o Sistema Geral de Saúde; e (iii) as deficiências do setor de saúde serão sanadas gradualmente, cabendo à Comissão de Regulação de Saúde determinar,

¹⁵⁸ “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

(...)

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

¹⁵⁹ Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>>. Acesso em 20 set. 2014.

em um prazo certo, a inclusão de serviços e metas ampliativas, respeitando-se a sustentabilidade do sistema e o financiamento dos planos.¹⁶⁰

Nota-se que a avançada jurisprudência da Suprema Corte da Colômbia se firma no sentido de uma progressiva implantação de serviços e metas de saúde, por meio de um procedimento motivado de escolhas e necessidades definidas por órgão alheio ao Judiciário.

No Brasil, ao contrário da experiência colombiana, o Supremo Tribunal Federal tende a erigir sua jurisprudência em uma *ordem* já existente que determina o cumprimento imediato das prestações relacionadas à saúde, sem se ocupar tanto da possibilidade de graduar no tempo tais provimentos.

3.4 Reflexos da exigibilidade da saúde para o Estado brasileiro

O caráter prestacional dos direitos sociais traz consigo o inevitável custo econômico, uma vez que sua implementação e efetivação envolvem particularmente os recursos públicos. Tal custo, por sua vez, envolve o debate sobre a reserva do possível e as restrições que esta pode impor aos direitos fundamentais, inclusive com implicações no mínimo existencial.

3.4.1 O mínimo existencial

O mínimo existencial possui conceituação e conteúdo de complexa e diversificada delimitação, não havendo consenso doutrinário sobre sua percepção.

Alguns doutrinadores defendem que o *mínimo existencial* representa um direito constitucional cuja exigência é imediata, por dizer respeito à existência humana digna que demanda prestações positivas por parte do Estado, o qual não pode

¹⁶⁰ AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. Milton Augusto de Brito Nobre; Ricardo Augusto Dias da Silva (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 108-109.

intervir nesse espaço protegido. A preservação do mínimo de existência condigna é um direito subjetivo, conquanto, em abstrato, não seja possível delimitá-lo juridicamente.¹⁶¹

O indivíduo precisa de condições mínimas para viver com dignidade, o que não significa meramente sobreviver sob o ponto de vista do aspecto vital. São condições mínimas que as políticas públicas e as demais ações do Estado e da sociedade civil devem proporcionar ao indivíduo.¹⁶²

O mínimo existencial encontraria sentido, portanto, no “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa”.¹⁶³

Há quem concorde que a compreensão do mínimo existencial estaria no conteúdo exigível dos direitos fundamentais, apontando quais seriam tais direitos prestacionais, ou seja, o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana: saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça.¹⁶⁴

Na visão de John Rawls, somente o liberalismo asseguraria o mínimo existencial, de modo a garantir a este um conjunto de condições materiais baseadas na equidade e na justiça distributiva globalmente considerada (otimização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções acessíveis a todos e igualdade de oportunidades).¹⁶⁵

O designativo “mínimo” não está isento de crítica, pois equivaleria ao menor denominador comum, mascararia divergências mais intensas no domínio dos direitos sociais e faria incorretas correlações com a dignidade da pessoa humana, limitando,

¹⁶¹ Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126; e QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 150.

¹⁶² SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde – o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Forum, p. 178.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

¹⁶⁵ RAWLS, John. **Liberalismo político**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 47-48.

até mesmo, o Poder Judiciário no momento da fixação da responsabilidade dos poderes políticos.¹⁶⁶

Também existe opinião no sentido de que o mínimo existencial não comporta definições puramente abstratas, visto que ele apresentaria variação conforme o caso concreto, os aspectos econômicos, sociais, culturais e geográficos, os quais conduziriam à noção do que seria uma vida digna para determinado indivíduo, grupo ou sociedade.¹⁶⁷

Em linha análoga, encontra-se entendimento que se refere tanto à existência de um mínimo existencial que não deveria sucumbir nem mesmo aos momentos de crise da economia quanto à existência de grupos que, por si só, representariam o mínimo de indivíduos vulneráveis que deverão ter seus direitos sociais e econômicos protegidos mesmo durante o período de crise.¹⁶⁸

Paulo Bonavides, abrigoando os direitos sociais no artigo 60, parágrafo 4, inciso IV, da Constituição (cláusula pétrea), não admite a violação desse mínimo existencial, nem a “destruição da medula normativa” que compõe tais direitos.¹⁶⁹

A respeito do mínimo existencial relacionado à saúde, há prestações também exigíveis perante o Judiciário, pois, enquanto “direito de todos e dever do Estado”, devem todos os Poderes “colocar à disposição das pessoas tais prestações, independentemente da orientação política de quem esteja no poder, oponíveis e exigíveis, portanto, dos poderes públicos constituídos”.¹⁷⁰

A despeito dos estudos favoráveis e desfavoráveis à delimitação do mínimo existencial, quer parecer que não há uma desqualificação em referida expressão, e sim

¹⁶⁶ A propósito: “Apelos ou remissões convergentes para o princípio da dignidade da pessoa humana, como critério ou padrão da delimitação de um tal mínimo, inscrevem-se nas mesmas dificuldades, uma vez que obrigam, a seguir, a apurar quais as exigências e sentido normativo do princípio da dignidade da pessoa humana neste domínio.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais** – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 205).

¹⁶⁷ PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 86.

¹⁶⁸ ABRAMOVICH, Victor; e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madri: Trotta, 2004, p. 92.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 683.

¹⁷⁰ SILVA, Ricardo Augusto Dias da, op. cit., p. 182.

que ela traz ínsita a capacidade de reter a essencialidade do todo sem qualquer alusão à supressão ou ao reducionismo do direito protegido.

3.4.2 A reserva do possível

Stephen Holmes e Cass Sunstein dedicaram-se notavelmente à compreensão do custo dos direitos sociais (prestacionais) e dos direitos em geral, partindo do pressuposto de que o comportamento positivo do Estado é necessário para o exercício dos direitos e liberdades individuais.

Seja nos direitos sociais prestacionais (como a saúde), seja nos direitos de defesa ou de liberdade, o custo não pode ser invocado pelo Estado como justificativa para o descumprimento ou o cumprimento parcial de seu papel. A partir do momento que o Estado admite a existência desse custo, surge um pensamento mais favorável à concretização desses direitos, como, por exemplo, a criação de um fundo público e o gerenciamento eficiente do gasto público, cabendo aos poderes constituídos eleger, com ética e sem ideologia, os direitos mais relevantes na agenda política (que não convivem com privações) e aqueles menos importantes (que podem sofrer eventuais restrições na escassez ou ausência de recursos públicos). O Estado responsável deve ter ciência de como gerir seus recursos financeiros.¹⁷¹

Os direitos sociais, em particular durante crises econômicas, enfrentam a escassez de recursos e a questão dos custos, sendo seu âmbito normativo frequentemente condicionado à *reserva do possível*.

Sob o prisma do âmbito normativo, a reserva do possível estaria relacionada à valoração dessa escassez como condição de reconhecimento da exigibilidade do direito: “se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não gozaria de proteção jurídica”. Assim, por exemplo, a pretensão jurídica ao fornecimento de

¹⁷¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2011, p. 98 et seq.

um medicamento que cure definitivamente a AIDS é, hoje, um pedido impossível (não amparada pelo direito à saúde e, portanto, destituída de exigibilidade).¹⁷²

Sob a perspectiva da escassez de recursos financeiros, a pretensão a um direito social (como a saúde) poderia abranger apenas as prestações fáticas que estivessem ao alcance do Estado enquanto destinatário das obrigações respectivas. Assim, se a previsão orçamentária autoriza o gasto de um valor predeterminado com a implementação de políticas públicas voltadas a satisfazer um direito social (construção e aparelhamento de hospitais, aquisição de medicamentos importados, compra de medicamentos para abastecimento de postos de saúde), o direito à saúde não reconheceria como exigíveis as pretensões que extrapolassem esses limites estabelecidos previamente (não haveria direito subjetivo nem obrigação estatal).¹⁷³

A abrangência da norma seria aferida, em regra, em momento precedente à sua aplicação, determinando-se o que encontraria proteção no âmbito normativo ou o que encontraria limite imanente na reserva do possível.¹⁷⁴

Entretanto, o limite imanente da reserva do possível não incide indiscriminadamente quando se trata de direitos fundamentais sociais, porque, no caso, a escassez de recursos é frequentemente invocada pelo Estado de modo superficial, que não corresponde à realidade. Logo, “sempre que o Judiciário foi provocado a decidir sobre a exigibilidade de um determinado direito social, sua decisão pelo afastamento ou pela aplicação do limite da reserva do possível precisará ser racionalmente fundamentada”.¹⁷⁵

Passando-se a um conceito operacional da reserva do possível, tal teoria foi desenvolvida na Alemanha para julgamento de caso concreto relativo à restrição de número de vagas em certas universidades¹⁷⁶ quando, por outro lado, a Lei Fundamental reconhecia o direito de todos os alemães à livre escolha de sua profissão, local de trabalho e lugar de formação (art. 12, § 1º).

¹⁷² OLSEN, Ana Carolina Lopes, *op. cit.*, p. 188.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 189.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 189.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 197.

¹⁷⁶ BVerfGE 33, 303.

O Tribunal Constitucional entendeu que, mesmo que subsista o direito fundamental, não se pode exigir do Estado, a despeito da existência de recursos, uma prestação impossível ou destituída de razoabilidade (relacionada, na hipótese, a número de vagas indiscriminado naquelas universidades). Aliás, ainda que a pretensão seja razoável, haverá obrigação do Estado de prestá-la somente na presença dos recursos necessários.

Traduzida literalmente do alemão (*Vorbehalt des Möglichen*), a reserva do possível passou, assim, a ser invocada no direito brasileiro em indistintas situações fáticas (falta de recursos) e jurídicas (indisponibilidade de recursos), ora como doutrina ou teoria, ora como princípio ou cláusula.

Há quem reconheça a aplicabilidade da reserva do possível como limite ao poder hermenêutico dos magistrados (reserva de consistência), em particular nos casos que envolvam prestações materiais, como saúde e educação.¹⁷⁷

Sustenta-se, outrossim, que a reserva do possível apenas será argumento válido quando houver comprovação efetiva pelos poderes públicos de que a limitação a direitos sociais adveio da ponderação entre princípios conflitantes, observada, em todo caso, a proporcionalidade e garantido o mínimo essencial para a existência digna.¹⁷⁸

A reserva do possível, embora seja comumente invocada como restritiva aos direitos sociais (mesmo ao mínimo existencial destes), também pode vir associada a uma faceta protetiva dos direitos fundamentais sociais. Por um lado, a reserva do possível impõe um tipo de limite jurídico e fático aos direitos fundamentais. Mas, por outro, poderá, em certos casos, funcionar como garantia dos direitos fundamentais, “quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos

¹⁷⁷ Assim, o juiz “não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto”. Ocorre que “o atendimento de determinada pretensão pode esvaziar outras”, quando, então, é possível mencionar o “limite da reserva do possível como faceta especial da reserva de consistência”. (MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 224).

¹⁷⁸ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 106.

– da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.¹⁷⁹

O mínimo existencial pode vir, ainda, como um instrumento jurídico para conter a reserva do possível quando invocada para restringir direitos fundamentais sociais. O ideal não seria considerar o mínimo existencial como “fator determinante da subjetividade (exigibilidade) dos direitos fundamentais sociais”. Todavia, a nociva aplicação da reserva do possível, “atingindo desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental e reduzindo a responsabilidade do Estado para com as prestações materiais normativamente previstas”, deve ser obstada pelo mínimo existencial, “sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional e da legitimidade do Estado Democrático de Direito”.¹⁸⁰

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, entendeu que a cláusula da reserva do possível, exceto quando haja motivo justo e objetivamente aferível, não se presta a livrar o Estado do adimplemento de obrigações atribuídas pela Constituição, em especial quando, dessa conduta governamental negativa, decorrer nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais gravados de fundamentalidade.¹⁸¹

Para Jorge Reis Novais, nos momentos críticos, a fundamentalidade dos direitos sociais ressalta-se política e socialmente, levando o direito a melhor compreender sua importância e, em particular, as cortes constitucionais a lidarem plenamente com a margem de controle que lhe compete na garantia dos direitos fundamentais. No Estado Democrático de Direito, as limitações aos direitos sociais somente poderão ocorrer quando os motivos forem suficientemente ponderosos para

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 288.

¹⁸⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 332.

¹⁸¹ “Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.” (STF. ARE 745.745-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 2/12/2014, DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014).

justificar a restrição, cabendo às cortes constitucionais o exame do caso concreto ante a Constituição.¹⁸²

3.5 Reflexos da exigibilidade da saúde para o direito brasileiro

Para Celso Campilongo, na análise dos sistemas funcionais – a despeito de a sociedade diferenciada conduzir concomitantemente seus sistemas (sem antes ou depois, sem superior ou inferior) –, saúde e direito são vistos como emblemáticos da atuação de movimentos sociais. A procura pelo acesso à justiça estaria disseminada e, mais provavelmente, nos pontos da sociedade que comportem crítica. Se a sociedade age a partir das *diferenças*, estas oporão a tal *ação* outra *ação* que a contrarie, sob a forma, por exemplo, de *movimentos sociais*.¹⁸³

Dentro da compreensão das relações entre direito e acesso à justiça na sociedade complexa, o autor aponta a saúde, a depender da referência, como exemplo de evento comunicativo com múltiplos sentidos. Assim, a saúde tem diferentes significados conforme a perspectiva seja do direito, da política, da economia ou do sistema sanitário. Portanto, a reivindicação da saúde pela sociedade é complexa, não devendo ser atribuída ou limitada a setores estanques da administração pública.¹⁸⁴

Se a saúde é evento comunicativo compreendido distintamente pela política, pelo direito, pela economia ou pelo sistema sanitário, ela também poderá ser vista de diferentes modos dentro de cada um desses sistemas em particular.

¹⁸² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 209.

¹⁸³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 70-71.

¹⁸⁴ “Numa sociedade diferenciada, um evento comunicativo muda de significado dependendo do sistema de referência. Saúde, por exemplo, ganha diferentes sentidos na política, no direito, na economia ou no sistema sanitário. Os eventos comunicativos temas dos protestos não cabem em compartimentos estanques. Por isso, para estas perspectivas, a unidade dos movimentos está no seu distanciamento crítico em relação aos sistemas de funções. Por isso, igualmente, os temas transitam por diferentes caminhos e objetivos. Por isso, finalmente, os movimentos sociais exigem um grau de liberdade e de informalidade que contrasta com os códigos binários e a especialização funcional dos sistemas parciais.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes, op. cit., p. 17).

O próprio direito vê a saúde de múltiplos modos, a depender de suas áreas especializadas.¹⁸⁵ Por exemplo, para a Seguridade Social a judicialização da saúde (“direito de todos e dever do Estado”)¹⁸⁶ poderá representar a expressão assecuratória de um direito social (ainda que prestado individualmente). Já para o Direito Tributário a judicialização da saúde significará, grosso modo, fissuras no orçamento público e na reserva do possível, incluindo até mesmo implicações atinentes à Lei de Responsabilidade Fiscal.

No pós-1988, a judicialização da saúde encontrou terreno fecundo e, por conseguinte, a jurisprudência consagrou que o direito fundamental à saúde traz para o Estado, em regime de solidariedade entre os entes da administração direta, deveres negativos e positivos¹⁸⁷ condizentes com o ajuizamento de ações como aquelas relacionadas à prestação de serviços de saúde propriamente ditos ou ao estabelecimento de políticas públicas para o setor.

Tais colocações são inspiradoras para o seguinte questionamento: o quão “eficiente” é a saúde buscada e exigida no âmbito do Judiciário?

Não sem razão se dispôs, nos tópicos anteriores, a uma proposta de classificação de conflitos relativos ao direito fundamental social à saúde, bem como a uma interpretação judicial desses conflitos, de modo a se procurar uma melhor

¹⁸⁵ Karl Engisch esclarece a relatividade dos conceitos jurídicos (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 312

¹⁸⁶ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁸⁷ “Em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, as obrigações negativas referem-se, principalmente, à não intervenção do Estado no caso de greve, a não piorar o sistema de saúde oferecido à população, a não impedir o acesso à educação, entre outros. Em relação às obrigações positivas, estas não se exaurem somente em obrigações de dar – provimento de moradia, de vacinas para menores de seis anos – senão que o diferencial são os tipos de relações que se estabelecem entre o Estado e os beneficiários das prestações. Significa que o Estado pode satisfazer um direito através de diferentes meios, e em muitos destes, os sujeitos obrigados podem participar ativamente” (ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. **El derecho a la salud en los tribunales**: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud colectiva*, Lanús, v. 4, n. 3, dic. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-2652008000300002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 11. set. 2014).

compreensão das respostas que o Judiciário tem dado ao direito à saúde, atualmente gravado com o signo da “judicialização”.¹⁸⁸

As pretensões pontuais exigidas por indivíduos isolados sobrecarregam o Judiciário? As decisões judiciais individualizadas têm impacto no orçamento público e na política sanitária? A concessão judicial fragmentada de prestações relacionadas à saúde privilegia indivíduos que buscam sua pretensão no Judiciário em detrimento daqueles que aguardam atendimento na fila do SUS? As respostas a essas indagações são, certamente, afirmativas.

Por outro lado, não se pode negar que, com a judicialização, ficam exteriorizados o desamparo e as distorções da saúde no Brasil. É inegável que a judicialização se tornou um campo de atuação favorável à exigibilidade do direito fundamental à saúde, ainda que talvez não seja a via mais segura e estável.

Se a judicialização visa a reagir às discrepâncias da saúde brasileira, é porque a sociedade intenta obter maior efetividade ou garantia em termos desse direito. Exsurge, assim, o recurso estratégico aos tribunais, tanto por ações voltadas aos litígios de interesse social ou coletivo quanto (e principalmente) por ações individuais.

Nada obstante, seja para a obtenção de prestações individuais, seja para o alcance de concessões de cunho social ou coletivo, a judicialização da saúde atrai as atenções dos Poderes para a problemática, sobretudo do Judiciário, o qual está jungido a dar um provimento jurisdicional (ainda que se depare com os claros da lei).

¹⁸⁸ Obviamente, a procura do direito à saúde está ligada, formalmente, ao trabalho de um procurador ou de quem tenha legitimidade para atuar em juízo em nome do demandante (defensores públicos, promotores, advogados tradicionais, dativos e populares, por exemplo).

CONCLUSÃO

A historicidade da saúde revela não apenas sua evolução temporal, mas também sua adaptação aos diferentes contextos. Não obstante suas definições clássicas e históricas, a saúde passou a ser um conceito aberto e dinâmico, exatamente por estar em contato com sistemas exteriores, tais como o meio ambiente, a política, o direito, a economia, a cultura, a evolução da sociedade, da ciência e da tecnologia.

A partir dessa perspectiva dinâmica do bem saúde é que deve ser analisado seu conteúdo essencial, o qual se atualiza com as conquistas sociais e se aprimora com os avanços da sociedade como um todo.

No Brasil, o reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde pelo artigo 6º, com o respectivo detalhamento pelo artigo 196 a 200, todos da Constituição de 1988, foi um grande avanço para a tutela jurisdicional da matéria. Com a concretização no âmbito normativo-constitucional, passa a surgir a questão da exigibilidade, perante o Estado, de prestações materiais e serviços relativos à saúde, vinculando os poderes públicos. Aparece, assim, um novo e importante espaço estratégico de reivindicação da saúde no Judiciário brasileiro, o que se deve, em grande parte, às atuações individuais ou coletivas.

Nos tribunais, as pretensões suscitadas nos conflitos relativos à saúde passaram a lograr mais “deferimento” do que “indeferimento”. Mas, em simples raciocínio, a saúde não se limita à internação, ao fornecimento de medicamento ou à realização de cirurgias e exames, isto é, a saúde não se resolve plenamente com um simples provimento jurisdicional.

É nítido que o direito à saúde se perfaz na ação conjunta entre o Poder Público e a sociedade, e não somente na proteção jurídica. Entretanto, muitas vezes,

não resta alternativa ao Judiciário senão assegurar o acesso a medicamentos, insumos e equipamentos que objetivam garantir o direito fundamental à saúde, adentrando a discricionariedade dos demais poderes.

Em seu aspecto negativo, o fenômeno da “judicialização” de pretensões quase sempre individuais é uma alternativa ao oferecimento de serviços de saúde que pouco têm do caráter “social” do artigo 6º da Constituição, porquanto feita de maneira segmentada e restrita. São ventilados, ademais, prejuízos na execução de políticas de saúde no âmbito do SUS, pois as determinações judiciais implicam gastos vultosos e não programados.

Em seu aspecto positivo, ao se exigir o direito fundamental à saúde por meio da judicialização, expõe-se o desmantelamento da saúde no Brasil, pois, se o setor tivesse estrutura digna, certamente tais reclamos perderiam seu objeto. Logo, ao lidar com a judicialização do direito fundamental à saúde, os tribunais acabam por influenciar no impulso das políticas públicas de saúde.

Contrariamente ao texto constitucional, parece haver, na prática dos descasos para com o setor, uma tendência estatal de deslocar a saúde de “bem público” e “excepcionalmente privado” para bem “privado” e “excepcionalmente público”. Partindo dessa situação, os conflitos judiciais relacionados à saúde são, e só poderiam ser, inúmeros e diversificados.

Indubitavelmente, ao menos a curto e médio prazos, o direito fundamental à saúde tem sido exitoso no tocante ao amparo oferecido pelo Poder Judiciário. Mas, ainda que a tutela judicial de situações pontuais consiga atender ao direito de indivíduos isolados, de um grupo ou, na melhor das hipóteses, de uma comunidade, esse comando do Judiciário será incapaz, por si só, de reverter os abalos da concretização da saúde enquanto direito social.

Ainda assim, não se desmerece a judicialização da saúde, em sua modalidade individual ou coletiva promovida pelos atores sociais, porquanto é pleito que, frequentemente, não pode esperar a conveniência política do Estado – o garante maior do direito em questão, a despeito de também existir dever por parte dos demais atores

públicos. Quando se fala em saúde, a reivindicação judicial pode ser impostergável por envolver pessoas vulneráveis que, de outro modo, não teriam acesso tempestivo ao bem pleiteado.

Pretendeu-se demonstrar, portanto, ao que se tem dos problemas estruturais no Brasil, que, mesmo que pela via da judicialização, a exigibilidade do direito fundamental à saúde vem contribuindo para que o Estado tenha parâmetros para adequar a saúde aos *standards* determinados pela Constituição, os quais são amplos e equitativos.

É nítido que *saúde e direito* são campos distintos, mas integrados e interdependentes. Ante o desconcerto da saúde, o Judiciário tem a importante missão de resguardar esse direito fundamental, ao passo que toda a sociedade precisa reagir com consciência cívica na busca da higidez desse bem, incluindo sua vertente aberta à iniciativa privada.

A reserva do possível não deve servir de motivação para a precariedade ou a inexistência de políticas públicas para o setor. Nem o mínimo existencial, deveria ser (*tout court*) parâmetro de acesso à saúde digna ou de criação de programas de matiz meramente assistencialista, os quais formam usuários assistidos reféns do Estado.

BIBLIOGRAFIA

I- TRATADOS, CURSOS, MANUAIS, OBRAS GERAIS, TESES, MONOGRAFIAS E ENSAIOS

ABRAMOVICH, Victor; e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madri: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. Milton Augusto de Brito Nobre; Ricardo Augusto Dias da Silva (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

BALLERINI, Júlio César Silva. **Direito à saúde: aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Habermann, 2009.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTI, Giorgio. Le strutture pubbliche per la tutela della salute. **Problemi giuridici della biomedicina**. Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani. Roma, 4 - 6 dicembre 1987. (Quaderni di Iustitia / 38). Milão: Giuffrè, 1989.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**. Porto Alegre: Fabris, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. **Los limites a los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 365-366.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 477.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

_____; e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAYUSO, Suzana Graciela. El derecho a la salud: um derecho de protección y de prestación. MACKINSON, Gladys Juana (Direc.); FARINATI, Alícia (Coord.). **Salud, derecho e equidad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

CORRÊA, Rui Cesar Publio Borges. Princípio da dignidade da pessoa humana em face dos trabalhos ditos “constrangedores”. **Temas de direito do trabalho**, v. I. JOÃO, Paulo Sérgio; e MANUS, Pedro Paulo Teixeira (Coord). São Paulo: LTr, 2008.

CORREIA, Sérvulo. Introdução ao direito à saúde. **Direito da saúde e bioética**. Lisboa: LEX, 1991.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DURAND, Guy. **Introduction générale à la bioéthique**. Saint-Laurent: Fides, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. El derecho a la protección de la salud. **Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria**. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 3. ed. Madri: Trotta, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. **A saúde entre o público e o privado**: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade** – introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2011.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Finanças públicas e democracia**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

KRAUT, José Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; e DOMINGO, Tomás de. **Los derechos fundamentales en el sistema constitucional** - teoría general e implicaciones prácticas. Granada: Comares, 2011, p. 59.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à Lei nº 8.212/91**: custeio da seguridade social. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito da seguridade social**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX Karl. **Salário, preço e lucro**. Moscou: Ediciones em Lenguas Extranjeras, 1953.

MELO, Maurício de Medeiros. **O direito coletivo prestacional à saúde e o Poder Judiciário**: a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

MELO, Tarso de. Neoliberalismo e “reserva do possível”. **Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo**. Enzo Bello (org.). Caxias do Sul: Educus, 2012, p. 9-20.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MORAES, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde. SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais** – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 1996.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais** – efetividade frente à reserva do possível. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales** - teoría general, v. I. Madri: Eudema, 1991.

PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. 14. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. **La dignidade de la persona** – núcleo de la moralidade y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas. 1. ed. Cizur Menor: Civitas, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais** – orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SBDAR, Claudia Beatriz. **Amparo de derechos fundamentales**. 1. ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina, 2003.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHILLING, R. S. F. **Developments in occupational health**. Occupational health practice. Londres: Butterworths, 1973.

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

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: trajetória da saúde pública. 2. ed. São Paulo: Senac, 2005, 1987.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Pedro. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde** – o estudo dos serviços clínicos. Coimbra: Coimbra, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

II - ARTIGOS, RELATÓRIOS, COMUNICAÇÕES E RESENHAS

ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. **El derecho a la salud en los tribunales**: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud colectiva*, Lanús, v. 4, n. 3, dic. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-2652008000300002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 11. set. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista forense**, v. 104, n. 395, p. 209-224, jan./fev. 2008.

CICCONETTI, Stefano Maria. Os direitos sociais na jurisprudência italiana. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 2, Porto Alegre: HS, jan./mar. 2008, p. 93-104.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 2, n. 2, p. 82-107, jul. 2001.

LIMA, Andréia Maura Bertoline Rezende de. O direito fundamental e social à saúde e a dignidade da pessoa humana na sociedade de risco. **Revista de direito privado**, v. 12, n. 47, p. 173-198, jul./set. 2011.

MITCHELL, Luke. **Understanding Obamacare**. Disponível em: <<http://harpers.org/archive/2009/12/understanding-obamacare/>>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. Las garantías del derecho fundamental a la salud en España. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 3-33.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, v. 25, n. 56, Porto Alegre, 2002.

_____. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de processo**, v. 34, n. 175, p. 9-33, set. 2009.

III - DOCUMENTOS OFICIAIS

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **A implementação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

_____. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**: princípios e diretrizes. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

_____. SENADO FEDERAL. Em Discussão. **Revista de Audiências Públicas do Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.