CAPÍTULO 10

A EFETIVAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

1 Direito à Saúde como Direito Fundamental

O direito à saúde é um direito fundamental reconhecido e positivado tanto no âmbito do direito constitucional dos Estados, quanto nos instrumentos internacionais de direitos humanos[337]. É um direito humano tão fundamental, ressalta Sarlet[338], que mesmo em países nos quais não há previsão constitucional expressa, ocorre o reconhecimento como um direito fundamental não escrito.

Sua positivação, enquanto direito fundamental, tem origem nos movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII (Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão).[339] Desde a primeira Assembleia Constituinte Francesa, já se exigia um direito à assistência, pois o Estado era responsável pelas obrigações sociais.

---

[337]BOBBIO Norberto. *Apud* BENETTI, Op. Cit., p. 198-199.

[338]SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 06 ago.2010. p. 3

[339] BENETTI, Op. Cit., p. 197.

Posteriormente, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz respeito à previsão expressa do direito à saúde. Com efeito, nos artigos 22 e 25, a Declaração dispõe que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispôs, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental.[340]

2 O Direito à Saúde e a Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 preceitua que o Estado Democrático deve assegurar o bem-estar social da sociedade, e os direitos essenciais à sociedade nacional, dentre eles: o direito à vida, o direito à saúde, e a dignidade da pessoa humana, sendo o seu dever, promover e garantir esses direitos, ou seja, cabe ao Estado, por meio de qualquer uma de suas esferas, municipal, estadual e federal, de forma solidária e fraterna, garantir o direito à vida digna.

[340] SARLET, Op. Cit., p. 3.

Discorrendo sobre o direito à saúde, Carvalho questiona: "O que vem a ser bem-estar social, se não há existência com dignidade? Como falar em vida digna sem o direito à saúde em seu mais alto grau?" E, complementa:

> Entenda-se vida digna como aquela correspondente ao padrão mínimo do homem mediano (sem excessos e sem luxúrias), ou seja, padrão mínimo este que corresponde também ao direito à saúde no seu mais alto grau; caso contrário, não seria alcançado o conceito de dignidade, nem a completude do direito à saúde, o qual é elementar ao direito à vida.[341]

Por mais estranho que possa parecer, muitas pessoas ainda questionam a razão pela qual o direito à saúde encontra-se previsto na Constituição. Há quem questione até mesmo o fato de advogados, promotores, defensores públicos e juízes ocuparem-se do tema, "a prevalecer este ponto de vista, deveria ser da competência apenas dos médicos, do governo, dos hospitais ou das empresas de planos de saúde"[342].

Segundo Patrícia Carvalho, quando se fala em direito à saúde tem-se como pressuposto o direito à vida digna, a qual

---

[341] CARVALHO, Patrícia Luciane. In: PIOVESAN & IKAWA, 2008, p. 651-652.
[342] SARLET, Op. Cit., p. 2.

apenas pode ser alcançada com a prestação do direito à saúde no seu mais alto grau. E, mais:

> Não há como se aceitar a vida de forma condicionada ou relativa diante dos dispositivos existentes na Carta Magna. Por exemplo, o fato de uma vitima de acidente não realizar um exame de tomografia em decorrência da inexistência do equipamento, ou o agendamento de exame para o diagnóstico e início do tratamento do câncer de mama, para apenas alguns meses depois da consulta médica, ou o falecimento de pessoa que dependia do fornecimento de medicamento essencial à sua vida, por falta de abastecimento das farmácias populares; são todos exemplos corriqueiros e inadmissíveis.[343]

A Constituição não só recepcionou o direito à saúde como bem jurídico digno de tutela jurisdicional, mas foi mais além, consagrando-o como direito fundamental, outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria, ao dispor no art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

[343]CARVALHO, *Ibidem*, p. 660.

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Sob este aspecto, no momento em que declara a saúde como direito social, a Constituição Federal reconhece que este é um direito fundamental do indivíduo.

3 A Dimensão Positiva do Direito à Saúde

Todo cidadão tem direito ao serviço público adequado, efetivando um direito social, podendo exigir do Estado a realização de prestações positivas para a satisfação das necessidades consideradas essenciais. "Se o serviço público não for realizado ou ocorrer de modo inadequado, o titular do direito social ainda tem o poder jurídico de exigir prontamente a sua prestação através do Judiciário"[344].

Aos que analisam a dimensão positiva do direito à saúde, a pergunta que se faz, é da possibilidade de o cidadão exigir do Poder Público alguma prestação material, seja um determinado tratamento médico, seja um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim,

---

[344]REISSINGER, Simone. *Reflexões sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. p. 1775 Disponível no site: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf> Acesso em: 06 ago.2010.

qualquer serviço ou beneficio ligado à saúde etc.[345] Assim, o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo-o ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares ou toda e qualquer prestação na área de saúde, na medida em que o poder público não tenha atendido com esse compromisso básico.

Constata-se, assim, a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais Brasileiros, na busca do fornecimento de medicamentos para o tratamento adequado de moléstias e a garantia de uma sobrevida mais longa e com menor sofrimento e, portanto, mais digna.[346]

Quando recursos públicos que deveriam ser distribuídos para atendimento dos direitos fundamentais sociais básicos, como o direito à saúde, são negados pelo poder público, cujo indeferimento acarreta o comprometimento da saúde, da própria vida, integridade e dignidade da pessoa humana, há de se reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo. Tal argumento, ressalta Sarlet,

> [...] cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem

[345] SARLET, Op. Cit., p. 11-12.
[346] *Ibidem*, p. 12.

> constitucional [...], com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa, cujo único crime, foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.[347]

4 A Dimensão Negativa do Direito à Saúde

O direito à saúde pode ser considerado simultaneamente como direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e de terceiros na saúde do titular, impondo-lhe a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando o particular credor de prestações materiais, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde[348].

A chamada dimensão negativa significa que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros, ou seja, o Estado ou a sociedade

---

[347] *Ibidem*,. p. 13.
[348] SARLET, Op. Cit. p. 8.

tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, ou de nada fazer no sentido de prejudicar a saúde. Qualquer ação do Poder Público, ou mesmo de particulares, ofensiva ao direito à saúde é, em principio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, tais direitos se encontram sob uma reserva do possível, ou seja, vinculado às decisões políticas quanto à destinação de recursos públicos. Aí, reside o problema da eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional[349]. Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente, direito de defesa,

> [...] no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada

[349] BENETTI, Op. Cit., p. 199-200.

> natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.[350]

Mesmo que o Poder Público tente alegar que o direito à saúde foi positivado como norma de eficácia limitada e que pela falta de recursos e pela incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a destinação de recursos públicos, esta seja a solução viável, ao contrário, deve-se levar em consideração que o que está sendo decidido é a preservação do bem maior, a vida humana.

Ainda, no contexto da assim denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que considerar o princípio da proibição de retrocesso, que, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito, consagrado pela nossa ordem constitucional[351].

O princípio da proibição de retrocesso determina que, mesmo que o legislador esteja dentro de seus limites legislativos, não pode ele retroceder em matéria das conquistas dos direitos fundamentais elencados pela Constituição.

---

[350]SARLET, Op. Cit., p. 8.
[351]*Ibidem*,. p. 10.

5 Direito à Saúde: Direito de Todos, Dever do Estado

Além da condição de direito fundamental, a saúde é também um dever. Tal afirmativa decorre do texto constitucional, que dispõe, no art. 196: "A saúde é direito de todos e dever do Estado", como direito fundamental social, e dever político-constitucional de assegurar a todos, proteção à saúde, qualquer que seja o ente federativo.

Sob este aspecto, o art. 196 declara, de forma muito objetiva e clara, que a saúde é direito de todos, seja individual ou coletivamente, e, para a sua efetivação, passa a ser dever do Estado a sua disponibilidade e proteção[352].

Assim, qualquer pessoa pode e deve exigir as prestações asseguradas na Constituição, não podendo o Poder Público eximir-se de prestar a integral e universal assistência à manutenção da vida e integridade de seus cidadãos, "inclusive estrangeiros, ainda que de passagem pelo Brasil[353]", conforme dispõe o art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

[352]CARVALHO, Op. Cit., p. 652.
[353] *Ibide*, p. 660.

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]".

O dispositivo interpretado literalmente poderia significar, em tese, uma exclusão dos estrangeiros não residentes, no âmbito de proteção do direito à saúde[354]. Tal exegese restritiva não poderá prevalecer, já que,

> [...] do contrário, um infeliz turista (ao menos quando acometido de algum problema de saúde) que esteja gozando de suas férias no Brasil, poderia – sendo este o entendimento – ser barrado na entrada de qualquer hospital (mesmo da rede pública), sob a alegação de não lhe ser assegurado o direito à saúde, não podendo até mesmo recorrer ao Judiciário para reclamar o seu atendimento de forma compulsória. Desde logo – e a despeito da formulação utilizada no texto constitucional – parece-me evidente que esta não pode ser a solução dada ao problema.[355]

É importante ressaltar que o direito à saúde é para todos, isto é, não se refere apenas a políticas públicas que visem atender de forma coletiva, mas também individualmente.

---

[354] SARLET, Op. Cit., p. 6.
[355] *Ibidem*, p. 6.

Os dispositivos constitucionais (arts. 196 a 200) são nítidos quando preceituam que as ações e os serviços de saúde são públicos e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e sua organização deve respeitar como diretrizes a descentralização administrativa, o atendimento integral e a participação da comunidade, devendo a iniciativa privada participar de forma complementar.

O art. 227 da Constituição destaca ainda, sobre o tratamento especial que deve ser oferecido à criança e ao adolescente, cabendo ao Estado oferecer-lhes programas de assistência integral à saúde, como medida preventiva para eventuais doenças ou complicações futuras, impondo-se a obrigação, de forma solidária, à sociedade e à família.

Depreende-se desses dispositivos, que a saúde é responsabilidade primordial do Estado, não sendo uma faculdade, mas sim, uma obrigação. Não basta, no entanto, afirmá-la constitucionalmente, mas sim, torná-la efetiva. É preciso, portanto, que o Estado adote políticas públicas saudáveis, que assegurem esse direito fundamental.

Em sentido amplo, o direito à saúde trata-se de direito social que obteve uma significativa e abrangente regulamentação na esfera normativa infraconstitucional, com

destaque para as leis nº 8.080/90, e 8.142/90, que dispõem sobre a organização e benefícios do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como a Lei 9.313/96, que trata sobre o fornecimento de medicamentos[356].

Tem-se, assim, um aparato constitucional e legal, que dispõe sobre os princípios, as diretrizes, os contornos e as providências necessárias para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, mediante atenção e assistência pública, universal e gratuita, com a participação da comunidade.

Fica assim assegurado, que a sociedade brasileira, por intermédio dos segmentos diretamente envolvidos com a saúde – governos, trabalhadores e profissionais do setor, prestadores dos serviços e usuários do sistema –, é responsável pela formulação de estratégias, avaliação e controle da execução da política de saúde, até mesmo nos aspectos econômicos e financeiros.[357]

---

[356]VIOLA, Luís Armando. *O Direito Prestacional à Saúde e sua Proteção.* Centro Universitário Fluminense. Faculdade de Direito de Campos. Programa de Mestrado em Políticas Públicas e Processo. Dissertação. Campos de Goytacazes RJ: Uniflu, 2006, p. 81.

[357] KUJAWA, Henrique; ANDRADE, Jair; MAGALHANES, Polyana; MORAES, Diana. *O Direito Humano à Saúde no Brasil.* COLETÂNEA CERIS. Direitos Humanos no Brasil 2 Diagnóstico e Perspectivas. Rio de Janeiro RJ: Ceris Mauad. Ano 2, n. 2, 2007, p. 217-218.

6 O Direito à Saúde e a Judicialização

O direito à saúde é destinado a todos e corresponde a um dever estatal, que por sua vez, corresponde a um direito coletivo. O Poder Constituinte de 1988 vislumbrou uma forma de prestação de serviço jurídico ágil e com maior efetividade, que é a coletiva, tendo como legítimo titular, o Ministério Público.

O *parquet*, promotor de defesa dos direitos coletivos, pode promover a defesa daqueles que não tenham acesso à saúde, ou ainda, daqueles que tenham acesso de forma relativa ou ineficiente.

A efetivação desse direito é garantida inclusive por meio judicial, no caso de não ser oferecido pelo Estado, como uma forma de ampliação do acesso à saúde e da cidadania.

Para Patrícia Carvalho, o direito à saúde deve ser prestado a todos, não podendo outros interesses desta mesma coletividade ser utilizados como desculpa para o não reconhecimento do direito. E, ressalta:

> Diz-se isto porque alguns Juízes têm negado o direito à saúde e ou a medicamentos sob o argumento de que a coletividade seria atingida por conta

> do problema orçamentário. Observe-se, ainda, que esta justificativa é contra uma minoria que procura a tutela do Poder Judiciário, ou seja, a problematização não alcança a totalidade da população.[358]

Nesse sentido, vale destacar a decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, que:

> [...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.[359]

---

[358] CARVALHO, Op. Cit., p. 661.

[359] GOUVEA, Marcos Masseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. apud GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. *A Judicialização do Direito à Saúde*: A obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 05 ago. 2010, p. 13.

Nesse mesmo sentido, a decisão do Rel. Min. Humberto Martins, ao relatar o REsp 1.041.197-MS, julgado em 25-8-2009, esclarece que:

> Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas publicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual está vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o

Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legitima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero

> departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conhecer parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-df, DJ 4-5-2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29-5-2009; do STJ; REsp 575.998-MG, DJ 16-11.2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22-3-2004" (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25-8-2009).[360]

Continuamente, o acesso ao direito à saúde é obstado sob a alegação de impossibilidade econômico-financeira, pondo em risco a vida de cidadãos hipossuficientes, seja para a aquisição de medicamentos, seja para determinados tratamentos, assim:

> Como se determinar *a priori* se um determinado caso a vida do individuo está em risco? Ou, se determinado medicamento ou procedimento, e não outro, será capaz de garantir a vida do individuo? Um caso determinado pode ser tratado de forma distinta por diferentes profissionais de saúde sem que haja uma uniformidade quanto à

[360] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

> determinação do mais eficiente ou eficaz para a obtenção do resultado. Fica a cargo do juiz a determinação do grau de risco de vida em uma situação em que os profissionais com formação técnica específica, não conseguem um posicionamento comum.[361]

Sendo o direito à saúde um direito garantido constitucionalmente, apenas os procedimentos que visam garantir a vida do cidadão quando ela está em risco iminente, devem ser garantidos? E quanto aos procedimentos que, embora não visem garantir a vida num determinado caso, apenas garantem um melhor bem estar e uma melhor qualidade de vida? Como deve ser demonstrada esta hipossuficíência em cada caso? Pode haver um critério objetivo para essa característica? Sobre o assunto, Barroso ressalta que:

> Não se pode esquecer que o continuo desenvolvimento da tecnologia médica – seja através de medicamentos, de equipamentos e/ou de procedimentos – torna mais cara essa tecnologia, o que torna uma parcela cada vez maior da população brasileira "hipossuficiente"

[361]BARROSO, André Feijó. *Aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde no Brasil através do Poder Judiciário.* Curso de Atualização em Introdução ao Direito Sanitário. ENSP: Fiocruz. 1º Semestre/2003, p. 18.

> quando analisados os casos concretos.[362]

A saúde e a qualidade de vida são conceitos que se modificam ao longo do tempo. As inovações tecnológicas oferecem possibilidades crescentes de intervenção sobre o processo de adoecimento humano, o que faz com que as expectativas e aspirações sociais a respeito da saúde sofram alterações profundas e tendam progressivamente a se ampliar[363].

No processo de aprofundamento da democracia no país, concomitante ao aspecto da importância, enquanto elemento da cidadania, da efetivação desse direito inclusive por recurso judicial, no caso de não serem oferecidos pelo Estado os meios para essa garantia, a sociedade brasileira terá de enfrentar questões envolvendo a justiça e a equidade social na garantia ao direito à saúde, num quadro de recursos públicos escassos.

Assim, diante da convicção de que apenas mediante a convergência de vontades e esforços do Poder Público e da sociedade, e a superação do jogo de "*empurra-empurra*" estabelecido em nosso país, entre Estado e iniciativa privada, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é que se

---

[362] BARROSO, Op. Cit., p. 21-22 .
[363] *Ibidem*, p. 19.

poderá chegar a soluções satisfatórias que venham resgatar a dignidade da pessoa humana, assegurando a efetiva possibilidade de usufruir das condições mínimas para uma existência digna.