

SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL INDIVIDUAL

Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Positivo (UP) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Coordenador de Ensino do Instituto ADVCOM. Líder do Grupo de Pesquisa *Liberdades Públicas e Direitos Econômicos* da UP. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Terceiro Setor e Responsabilidade Social (NEPETS) da UTP. Procurador do Estado e Advogado. www.fernandomanica.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria dos Direitos Fundamentais. 3. Conteúdo do Direito à Saúde. 4. Judicialização no Setor de Saúde. 5. Efetividade do Direito à Saúde. 6. Conclusão.

RESUMO: Um dos maiores desafios das sociedades contemporâneas é efetivar textos constitucionais que consagram direitos a prestações; esse é o caso do à saúde, que depende, para sua concretização, de serviços públicos prestados de modo específico a todos que dele necessitem. Um direito fundamental de caráter tipicamente social, que apenas pode ser materializado por meio de ações individuais. Interposição legislativa, atuação administrativa e controle legislativo são fatores imprescindíveis para que o direito a saúde seja garantido a todos, em igualdade de condições.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Direitos Fundamentais Sociais. Judicialização. Estado Prestacional. Concretização do Direito à Saúde.

1. Introdução

Tratar da saúde traz uma série de desafios em relação aos quais o conhecimento científico tem se debatido no decorrer dos séculos. De natureza instintiva, a manutenção da vida tem sido objeto de preocupações humanas desde as mais antigas civilizações.¹

No século XX, ao passo em que houve a consagração do direito à saúde em tratados internacionais e em Constituições de diversos Estados, ocorreu importante avanço tanto no conhecimento científico quanto no custo da assistência à saúde. É que, ao contrário do que normalmente ocorre em outros setores, na saúde o avanço tecnológico não implica redução de custos.² Isso se explica, em grande parte, pela própria fluidez do conceito de saúde hoje adotado, o qual, para alguns, refere-se muito mais a um objetivo a ser constantemente buscado do que a uma condição cartesianamente definida.³

Conseqüência disso é a dificuldade encontrada hoje pelos Estados em disciplinar os mecanismos de sua atuação com o objetivo de garantir a saúde das pessoas. Tal dificuldade passa, por óbvio, pela premissa de se definir a própria extensão do *direito à saúde*. Nesse contexto, o discurso do *direito à saúde* nos dias de hoje não pode ser mantido exclusivamente no plano da abstração, pois é no plano da atuação concreta, regulada pelo Direito Administrativo, que a questão torna-se especialmente complexa.⁴

De acordo com a Constituição brasileira de 1988, é dever do Estado proporcionar o acesso a ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde configura a todas

¹ ROSEN, George. A History of Public Health. Baltimore: Johns Hopkins University, 1993. p.1-25. A saúde é hoje entendida como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. Não se trata de mera ausência de doença, mas da completa condição de bem-estar físico, mental e social. Esse é o conceito adotado em 26 de julho de 1946 pela Constituição da Organização Mundial da Saúde. Há, pois, um amplo espaço que vai desde a doença até o estado de saúde, o qual varia conforme o padrão genético e comportamental, aliado à condição econômica, social, ambiental e tecnológica em que determinada pessoa se encontra inserida.

² Daí Ronald Dworkin, em estudo sobre o tema, concluir que a alta dos preços na medicina não decorre do encarecimento da medicina tradicional, mas do surgimento de novos tratamentos médicos (DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.433).

³ Como se referiu Moacyr Seliar, o conceito atual de saúde aproxima-se do conceito subjetivo de felicidade e configura antes uma *imagem-horizonte* do que um *alvo concreto* (SCLiar, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2.ed. São Paulo: Senac, 2005. p.94).

⁴ Daí a crítica de autores como Gomes Canotilho ao *discurso constitucionalista*: "A teoria da constituição revela dificuldades em compreender as lógicas da materialização do direito. Continua a considerar o direito constitucional como 'lugar do supradiscurso social' a partir de uma concepção unilateralmente racionalizada e piramidal da ordem jurídica. Isso justifica a opacidade que alguns autores atribuem a este direito: 'alheia-se' da mudança e da inovação jurídicas, desconhece a 'localização de materialização' em áreas periféricas do ordenamento ou em ordenamentos periféricos." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p.1350). O mesmo autor adota a expressão de origem inglesa 'fuzzysmo' ou 'metodologia fuzzy' para se referir aos juristas "que não sabem do que estão a falar" quando tratam de temas complexos como os dos direitos sociais, no qual se insere o direito à saúde (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p.100).

as pessoas. O texto constitucional dedicou à disciplina da saúde toda uma seção e organizou a atividade estatal para sua concretização com base nos princípios da universalidade e igualdade de acesso, integralidade de atendimento, descentralização administrativa, complementaridade da prestação privada e participação da comunidade.

Essa construção constitucional erigida no Texto de 1988 constituiu o ponto de partida para uma virada hermenêutica que, com peculiaridades próprias, acompanhou o caminho recentemente percorrido pela teoria dos direitos fundamentais.

Nesse transcurso, como cediço, o entendimento positivista-legalista, segundo o qual o direito é a regra posta pelo legislador, cedeu espaço para uma teoria jurídica em que as novas funções estatais constitucionalmente previstas passaram a também ser reconhecidas como verdadeiras normas jurídicas aptas a provocar efeitos concretos. Inegável, assim, reconhecer sensível evolução doutrinária, jurisprudencial e administrativa acerca do Direito à saúde desde sua consagração expressa na Constituição de 1988.

2. Teoria dos Direitos Fundamentais

A vinculação do legislador à implementação de políticas públicas garantidoras de *direitos fundamentais sociais*, e o direito das pessoas obterem do Estado *prestações necessárias* garanti-los, apenas recentemente transformou-se em objeto de debate doutrinário e jurisprudencial.

Importante contribuição nesse processo teve o pensamento de Ronald Dworkin e o de Robert Alexy, em especial quanto ao entendimento de que todos direitos fundamentais constituem princípios aptos a produzir efeitos de maneira imediata, mesmo na ausência de interposição legislativa específica.⁵

Além disso, há que se citar a conhecida influência da doutrina constitucional portuguesa, marcada especialmente pela obra de Gomes Canotilho, publicada originalmente em 1982, intitulada *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Em tal obra, o autor referido defendeu a força normativa das normas de conteúdo programático constantes da então recém-

⁵ Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (a edição original data de 1977); e ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos B. Pulido. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (a edição original é de 1986).

promulgada Constituição portuguesa de 1976,⁶ que se aproxima da Constituição brasileira, com um detalhado caráter programático. Nesse contexto, com o advento da Constituição de 1988, grande parte da doutrina brasileira passou a defender a *constitucionalização do direito*,⁷ com a *vinculação* do intérprete, do aplicador, do julgador e do legislador às regras e *aos princípios* constantes da Constituição.

É importante ressaltar que Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição de sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, em 2001, consignou sua parcial mudança de opinião em relação às idéias constantes da obra original. Em linhas gerais, o que sustentou o autor foi um deslocamento da Constituição como agente central na condução e concretização das tarefas assumidas pelo Estado; com isso, deixou de assumir um modelo estatizante único para oferecer a possibilidade de novos modelos de autodirecionamento social. Isso consta expressamente nas páginas X e XIII da obra em referência.

Além disso, Canotilho criticou a hipertrofia de imposições estatais decorrentes de momentos históricos de ruptura, com alta carga ideológica, bem como a consagração constitucional específica de tarefas como, em seu exemplo, a gratuidade de todos os graus de ensino (previsto no Texto Constitucional português de 1976). Sustentou o autor lusitano expressamente que: "Uma Constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares" e concluiu: "(...) dir-se-ia que a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias".⁸

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001 (a primeira edição, como assinalado, é de 1982).

⁷ O que conduziu a uma evidente atenuação na dicotomia entre os dois grandes ramos do Direito, tradicionalmente conhecidos como direito público e direito privado. Desde que houve a *constitucionalização do direito*, o que ocorreu no Brasil após 1988, existe o *direito* e o *regime jurídico* de cada atividade. Se mais ou menos privado, mais ou menos público, com maior ou menor autonomia e controle de órgãos fiscalizadores, só o caso concreto é capaz de dizer. De qualquer forma, quando o fizer, fá-lo-á em termos específicos e não por meio de abstrações, que se tornam insuficientes e inúteis em termos analíticos e normativos. Na síntese de Almiro Couto e Silva: "Se, no século passado, a expressão sistema jurídico era quase sinônima de sistema de direito privado, desempenhando a idéia de codificação e de código um papel central e dominante, hoje é inquestionável que a noção que se possa ter de sistema jurídico, qualquer que seja ela (...) passa a ser conformada pela Constituição, com toda a sua constelação ou ordem de valores que abriga. Consequentemente, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, de forma mais ou menos intensa, é informado, vivificado, oxigenado e animado pelos preceitos maiores, pelos princípios e regras estampados na Constituição (...)." (SILVA, Almiro Couto e. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p.108).

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. fls. XXI-XXIX. As afirmações de Canotilho geraram discussões em solo brasileiro, de modo que foi organizado um encontro virtual com o próprio Canotilho, ao fim de esclarecer alguns pontos de sua mudança de posição. O resultado da

Tal ordem de observações demonstra a tendência teórica voltada ao reconhecimento de que o modelo estatizante único não deve prevalecer; e que a Constituição, ao invés de cristalizar soluções peremptórias, deve oferecer à Administração Pública a opção pela melhor solução, de acordo com a realidade, a técnica, as condições sociais e econômicas de cada momento, para concretizar os direitos constitucionalmente estabelecidos. Com isso, não se nega a normatividade e tampouco a importância dos direitos fundamentais; pelo contrário. Exige-se que tais direitos sejam garantidos ao longo do tempo por meio das medidas materiais mais adequadas ao contexto social e econômico de cada época.

3. Conteúdo do Direito à Saúde

Não se deve entender o direito à saúde como um *direito a ser saudável*, mas como o direito de *proteção à saúde*,⁹ que envolve:

- (i) o direito individual de não sofrer violação por parte de terceiros (direito de defesa), e
- (ii) o direito social de obter ações e serviços voltados à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito a prestação em sentido estrito). Nessa segunda hipótese, como se percebe, *respeitar o direito à saúde* implica *realizar o direito à saúde*, dentre outras atividades, por meio da prestação de serviços públicos.

É importante notar, também, que no ordenamento pátrio, o direito fundamental à saúde encontra-se disciplinado tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, de modo que se pode qualificá-lo tanto como um *direito fundamental originário* quanto como um *direito fundamental derivado*.

Direitos fundamentais originários podem ser entendidos como direitos previstos na Constituição e aptos a produzir efeitos independentemente de interposição legislativa,

conversa foi publicado em obra na qual, ao responder questão formulada por Marçal Justen Filho, Gomes Canotilho fez referência ao serviço nacional de saúde português, aceitando as idéias à época defendidas em Portugal de participação privada na prestação dos serviços, desde que garantidos os direitos à saúde previstos na Constituição: "(...) posso estar aberto a outros modos de concretização e legalização do dirigismo constitucional, mas não estou aberto, de forma alguma, à liquidação destas dimensões existenciais que estão subjacentes à directividade constitucional" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.40 e 41).

⁹ LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v.1. p.674. Daí a possibilidade de delimitação técnica do direito em referência como direito à prevenção de doenças, direito à proteção, direito à promoção e direito à recuperação da saúde.

enquanto os de *direitos fundamentais derivados* configuram hipóteses em relação às quais houve interposição legislativa que regulamentou seu exercício.¹⁰

No Brasil, o direito à saúde, além do tratamento extensivo que lhe é dado pelos artigos 196 a 200 do texto constitucional, encontra-se disciplinado por lei, em especial pela Lei n.º 8.080/90 – *Lei Orgânica da Saúde*, que *dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços* respectivos. Nessa perspectiva, o direito à saúde, no ordenamento pátrio, deve ser compreendido tanto em sua fundamentalidade originária quanto derivada, pois, apesar de disciplinado em nível infraconstitucional, eventuais omissões, contradições, obscuridades e excessos legislativos devem dar margem à aplicação direta da normatização constitucional.

Note-se que, enquanto direito fundamental originário, o direito à saúde implica o dever estatal de atuar de modo a criar, na maior medida possível, os serviços de saúde voltados à sua promoção, proteção e recuperação. Considerando a existência de regulamentação infraconstitucional sobre o tema, a não prestação de determinados serviços voltados à garantia do direito à saúde – *em que pese não haver sua definição específica em sede constitucional* – deve ser entendida como uma restrição ao respectivo direito, que apenas se legitima por meio de uma justificativa de base constitucional.

Portanto, tanto o direito à prevenção de doenças quanto o direito à promoção, proteção e recuperação da saúde são compreendidos como posições jus-fundamentais qualificadas como direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional. Reconhecida sua densidade normativa, caracterizada pela possibilidade de produzir diretamente efeitos concretos, sua aplicação deve passar pelo processo de ponderação em face de outros princípios eventualmente incidentes na hipótese.¹¹ Isso representa a necessidade de análise de cada caso, além de possibilitar uma

¹⁰ Sobre o tema, conferir: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p.300-311; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.276 e segs.

¹¹ Adota-se o entendimento de Robert Alexy, para quem a ponderação envolve a análise da dimensão do peso e da importância dos princípios envolvidos, a que o autor denomina *lei de colisão* (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos B. Pulido. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.70-71 e 91-92). Entende-se, também, com esteio em Luís Virgílio Afonso da SILVA, que do resultado do processo de *ponderação ou sopesamento* é que se chegará ao que a doutrina costuma denominar *mínimo existencial* ou *núcleo essencial* dos direitos fundamentais. Dessa forma, não se sustenta a existência de *limites imanes* aos direitos fundamentais, pois tais limites, que conformam seu *conteúdo essencial* ou *mínimo existencial*, apenas podem ser apreendidos no caso concreto e após a ponderação com outros princípios eventualmente colidentes na hipótese. Ressalte-se, ainda, que, quando determinado direito fundamental já foi objeto de regulamentação legal, a constitucionalidade de tal ato legislativo deve passar pela *regra da proporcionalidade* em face do direito fundamental em questão, submetendo-se, portanto, aos critérios da *adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*, que para o autor, na esteira de Robert Alexy, corresponde à ponderação. Sobre o tema: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade

interpretação e uma aplicação do direito menos mecânica, menos previsível e mais justa. Não se discute, pois, a existência do dever estatal de criar, por meio do processo democrático, estruturas e condições aptas, adequadas e viáveis à prestação dos serviços voltados à proteção, promoção e recuperação da saúde das pessoas que deles necessitarem.

Assim sendo, a busca pela produção de efeitos diretamente decorrentes da Constituição em grau mais amplo do que previsto na disciplina legal regulamentadora é plenamente possível, mas deve ser admitida nos casos em que se demonstre, pela via judicial, a inconstitucionalidade da regra infraconstitucional (de)limitadora do direito constitucionalmente previsto.

4. Judicialização no Setor de Saúde

Tal conformação do ordenamento jurídico da saúde faz com que a interferência do Poder Judiciário – com o objetivo de efetivar o direito à saúde em sua perspectiva prestacional – possa ocorrer em três hipóteses:

- (i) no caso de inércia do Poder Legislativo em regulamentar determinada questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa);
- (ii) no caso de descumprimento, pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa); e
- (iii) no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de)limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa).

Em todos os casos é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, sendo que, no último deles, a interferência judicial deverá ser realizada com ainda mais cautela do que no

de São Paulo, São Paulo, 2005. p.215-240 e 269-273. Nessa perspectiva, insta ressaltar a posição de Ricardo Lobo Torres, para quem apenas o mínimo existencial dos direitos sociais pode ser entendido como direito fundamental. Não obstante, o autor afirma que a distinção entre o mínimo existencial (direito fundamental) e os direitos sociais (não-fundamentais) configura um dos problemas mais difíceis da época atual e que a extensão do mínimo existencial e dos direitos sociais depende da respectiva ponderação diante dos casos concretos. Desse modo, pode-se verificar que, em última análise, o resultado a que chega a teoria de Ricardo Lobo Torres é o mesmo: a necessidade de ponderação entre os direitos sociais e outros direitos fundamentais para que se chegue à definição do que é o mínimo existencial, que para Lobo Torres constitui a *jusfundamentalidade* dos direitos sociais. Sobre o tema: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.1-46 (em especial, p.1, 15-16 e 29).

caso de simples omissão legislativa ou descumprimento de dever legal, a fim de decidir pela inconstitucionalidade da lei (de)limitadora do direito fundamental à saúde.¹²

Essa ordem de idéias não conduz, entretanto, à *absolutização do direito à saúde*, o que ainda se encontra presente em uma série de decisões judiciais, as quais acabam por desconsiderar, em casos individuais, toda a organização do sistema público de saúde, provocando sua desestabilização e ofensa ao princípio da isonomia.¹³

Não há que se negar a importância do Poder Judiciário como guardião maior da Constituição e dos direitos fundamentais. Não obstante, mormente sob a perspectiva dos direitos derivados, a disciplina infraconstitucional deve ser levada em conta no procedimento de ponderação de bens.¹⁴ Nessa sintonia, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal parece compartilhar tal pensamento, ao entender a saúde como direito fundamental a ser efetivado progressivamente, na medida do possível, sendo que seu descumprimento pela Administração Pública – consubstanciado na ausência de prestação dos serviços necessários a sua promoção, proteção e recuperação – deve ter como base a impossibilidade fática ou jurídica devidamente comprovadas.¹⁵

¹² Como ressalta Luís Roberto Barroso: "(...) havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção." (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n.46, p.52, nov./dez. 2007).

¹³ Sobre o tema, conferir considerações e compilação de julgados em: WERNER, Patrícia U. Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.9, n.2, p.92-131, jul./out. 2008.

¹⁴ Em decorrência de alguns excessos promovidos pelo Poder Judiciário na concessão direta, imediata e absoluta de medidas voltadas à efetivação, em casos individuais, do direito à saúde, numerosos estudos foram publicados, com o objetivo de discutir a questão e oferecer subsídios teóricos a uma interpretação constitucionalmente adequada do referido direito e dos direitos sociais em geral. Dentre eles, podem ser citados: ASSIS, Araken de. **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007; LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. Tomo VI. p.1525-1542; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e o direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.42, n.2, abr. 2008.

¹⁵ Como ilustração, pode-se colacionar parte da decisão em que o Supremo Tribunal Federal expressou tal posicionamento: "(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)."

Mesmo que o direito à saúde possa ser vislumbrado sob a perspectiva de um direito de uma pessoa concreta a receber assistência individualizada e específica, a dimensão social, a repercussão coletiva e a incidência de outros direitos fundamentais na hipótese concreta devem ser levadas em conta. Afinal, não se trata, em última análise, de ponderar o direito à saúde, e mesmo o direito à vida, com princípios como o da legalidade e da separação de poderes; trata-se de ponderar o direito à vida e à saúde de determinadas pessoas em face do direito à vida e à saúde de outras pessoas.

Nesse sentido, se o direito à saúde deve ser compreendido *dentro dos parâmetros impostos pela mais atualizada doutrina constitucional*,¹⁶ resta evidenciada a vinculação do legislador e do administrador público em efetivar na melhor medida possível os direitos fundamentais,¹⁷ levando em conta, para tanto, as condições econômicas, sociais e tecnológicas do momento histórico presente. Tais critérios devem compor o processo de ponderação de bens levada a cabo pelo Poder Judiciário nos casos levados a sua análise.

5. Efetividade do Direito à Saúde

Ao analisar os motivos pelos quais há menor efetividade no Brasil dos direitos sociais, como é o caso da saúde, em relação aos demais direitos prestacionais em sentido amplo, Virgílio Afonso da Silva concluiu que:

- (i) as condições para exercício dos direitos sociais ainda têm de ser criadas;
- (ii) a criação de tais condições é mais cara;
- (iii) o custo para a criação de tais condições é maior porque cada direito social exige uma prestação estatal que é aproveitada apenas na efetivação do próprio direito.¹⁸

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29 abr. 2004). Sobre a evolução doutrinária e da jurisprudência dos tribunais superiores acerca da efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde – de uma visão meramente programática, passando por sua absolutização e chegando a um ponto de equilíbrio racional – conferir: MÂNICA, Fernando B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.169-186, jul./set. 2007.

¹⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. O conceito jurídico de saúde. In: _____. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995. p.33.

¹⁷ Nesse sentido deve ser interpretado o parágrafo primeiro do artigo 5.º da Constituição Federal, que determina a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Tal preceito aplica-se no processo de interpretação do direito à saúde, como princípio que objetiva *otimizar sua efetividade*.

¹⁸ Nas palavras do autor: "(...) a construção e manutenção de hospitais, contratação de médicos, compra de caros materiais hospitalares, organização de programas de combate a epidemias, entre outras coisas, só é aproveitado para a realização de um único direito social, o direito à saúde." (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O**

Levando adiante tal raciocínio, tanto os direitos à prestação em sentido amplo quanto os direitos à prestação em sentido estrito implicam atuação estatal voltada exclusivamente à efetivação do referido direito. Veja-se a própria comparação feita por Virgílio Afonso da Silva entre a efetivação do direito à saúde e o direito ao sufrágio: *ambos dependem de uma estrutura voltada exclusivamente a sua satisfação* – seja pela construção de um hospital, seja pela organização e manutenção de uma estrutura responsável pela realização das eleições.¹⁹

Com essa comparação, pode-se perceber que o problema da falta de efetividade do direito à saúde não consiste no fato de que hospitais servem apenas para prestar serviços de saúde; afinal, urnas eletrônicas também se prestam apenas para proporcionar o exercício do sufrágio. O problema é que os serviços de saúde são prestados de maneira individual a quem deles necessite, e a infra-estrutura para a prestação do referido serviço não pode ser compartilhada para sua oferta a todos indistintamente.

Em outras palavras: alguns direitos apenas podem ser garantidos de maneira universal e igualitária. Não se cogita, atualmente, restringir-se o sufrágio ou oferecer urnas eletrônicas apenas para algumas pessoas. A garantia do direito ao sufrágio apenas se realiza quando o exercício do referido direito é igual para todos. O mesmo raciocínio aplica-se, em grande medida, aos serviços públicos que exigem infra-estrutura para sua prestação, como é o caso, por exemplo, da energia elétrica e da telefonia. Ainda que seja passível de cobrança de tarifas a serem pagas por usuário individualizado, a qualidade de tais serviços não sofre grande variação decorrente de condições pessoais dos usuários dos serviços, pois o investimento em infra-estrutura acaba beneficiando a todos indistintamente (ou, ao menos, a grande parte das pessoas aptas a pagar pelos serviços).

Já o direito à saúde depende de estruturas próprias para sua efetivação, a qual deve ocorrer por meio de prestações individualizadas, exclusivas, e por vezes gratuitas. Em última análise, portanto, a ausência de efetividade do direito à saúde relaciona-se, mais do que qualquer outra condição, à noção econômica de *bem público* e *bem privado*.²⁰ Em que pese o serviço de saúde seja considerado por muitos como um *bem público*, pois repercute no bem-estar

conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p.319-320).

¹⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p.307.

²⁰ Conceitos clássicos da teoria econômica, o *bem público* pode ser entendido como bem ou serviço cujos benefícios se disseminam por toda a sociedade, enquanto o *bem privado* possui utilidade restrita àquela pessoa que o usufrui.

de toda a sociedade, ele tem sido tratado em grande medida como *bem privado*, cuja individualização da oferta gera insuficiência de sua prestação pelo Estado.

Tal compreensão foi acolhida em decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, na qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes fez consignar:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.²¹

Assim, considerando ainda que do serviço público e gratuito de saúde dependem pessoas de baixa renda e baixo poder de reivindicação de direitos, a estrutura para sua efetivação acaba por não ser criada. Levando ao limite a linha de raciocínio, percebe-se, também, o motivo pelo qual o sistema público de saúde no Brasil é referência em serviços médicos de alta complexidade e de alto custo (os quais são demandados igualmente por pessoas de variadas classes sociais, inclusive as que possuem planos de saúde que não cobrem tais serviços), enquanto os mais pobres esperam horas na fila para atendimento de baixa complexidade.

6. Conclusão

Nessa perspectiva deve ser enfrentado o desafio imposto às Constituições contemporâneas: efetivar textos que consagram direitos fundamentais a prestações em atos personalizados que os realizem. Esse é o caso do direito à saúde, que depende de serviços públicos prestados de modo específico e individualizado a todos que dele necessitem. Por isso, é possível compreender o direito à saúde como um *direito fundamental social individual*. A materialização desse direito cabe ao Estado: (i) por meio do Poder Legislativo, que deve regulamentar de modo adequado o direito originário à saúde; (ii) por meio da Administração Pública, que deve cumprir suas atribuições legais e constitucionais; (iii) por meio do Poder Judiciário, que deve, quando provocado, realizar o processo de sopesamento de bens e valores, levando em conta tanto o caráter social e quanto o caráter pessoal do direito à saúde.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada n.º 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008.

REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos B. Pulido. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ASSIS, Araken de. **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alerge: Notadez, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n.46, p.52, nov./dez. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n.142, p.40, abr./jun. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 278, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão proferida em 22 de outubro de 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p.1350).

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p.100).

COUTINHO, Diogo R. O Diálogo Caricato ente direito e economia. **Valor Online**, São Paulo, 01 dez. 2008. Disponível em: <www.valor online.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conceito jurídico de saúde. In: _____. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton and Company, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. Tomo VI.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 2, n.8, p.137-170, out./dez. 2004.

LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v.1.

MÂNICA, Fernando B. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na constituição de 1988. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, v.32, p.121-132, abr./jun.. 2008.

MÂNICA, Fernando B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.170, jul./set. 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

ROSE, Richard. On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies. **European Journal of Political Research**, Amsterdam, n.4.

ROSEN, George. **A History of Public Health**. Baltimore: Johns Hopkins University, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SILVA, Almiro Couto e. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e o direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.42, n.2, abr. 2008.

WERNER, Patrícia U. Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.9, n.2, p.92-131, jul./out. 2008.