

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:  
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS  
PARTICIPATIVOS**

**RUBENS BEÇAK**

**JOANA STELZER**

**MARCELINO MELEU**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Rubens Beçak; Joana Stelzer; Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-615-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

---

### Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direitos Humanos e Efetividade: fundamentação e processo participativos” se reuniu em Salvador/BA, no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, para discutir a efetividade dos Direitos Humanos sob diversos prismas, desde que, comprometidos em conhecer, no tratamento das situações de dissenso ou de antagonismo de interesses, a noção programática e vivencial de Estado Democrático de Direito.

Preocupados com a significação heterogênea da expressão “Direitos Humanos”, bem como, com a falta de precisão para a determinação de seu alcance, que ocasiona, assim, fragilidades conceituais, como há muito alertou Norberto Bobbio, os pesquisadores intentaram contribuir para estabelecer pressupostos eticamente comprometidos para a superação da vagueza da expressão ‘Direitos Humanos’, decorrente da própria ambiguidade da pergunta originária, qual seja, ‘o que são Direitos Humanos?’.

A busca às respostas, minimamente, comprometidas em reconhecer, especialmente em um cenário globalizado, que todos os seres humanos são titulares de dignidade própria, uma vez que, nascem livres, dotados de razão e titulares de direitos, como destacou o artigo primeiro da Declaração Universal, passa pelo rechaço a qualquer desvio fundamentalista, como sustenta Alain Supiot. O professor francês lembra, que a doutrina fundamentalista, surgida no final do século XIX, pode assumir três aspectos diferentes: 1) messiânico, que intenta impor ao mundo inteiro, uma única interpretação, voltada ao liberalismo teológico; 2) comunitarista, que transforma o conteúdo de Direitos Humanos em uma marca de superioridade do Ocidente, negando outras civilizações; 3) cientificismo, quando a interpretação dos Direitos Humanos se vincula a dogmas próprios da biologia ou da economia.

Em momento algum, se nega a preocupação do fundamentalismo de cariz cientificista, com defesa da liberdade ou com o direito de propriedade, porém, antes destes, devemos assegurar, como refere Supiot, um mínimo de segurança física e econômica. Ao contrário, longe destas garantias, ainda estamos presenciando agressões por parte de grupos que entendem serem superiores como raça, acarretando que, populações inteiras sofram com fome, frio, falta de moradia, etc. Hoje, por exemplo, assistimos a principal potência mundial, impor a separação de crianças de seus pais, em prol de uma política de tolerância zero com imigrantes.

Não pode haver liberdade onde reina a insegurança física ou econômica, isso porque, o conteúdo dos Direitos Humanos deve ser entendido como um recurso comum da humanidade, aberto às contribuições de todas as civilizações, de modo a permitir à humanidade, em sua infinita diversidade, a real compreensão de sua interdependência e dos valores que a unem.

A partir destes compromissos, com o olhar crítico para a segurança pública do Brasil, Emerson Francisco de Assim, investigou a justiça de transição e a violência policial como fatores que ora dialogam e ora afrontam o conteúdo dos Direitos Humanos.

Já, com o intuito de contribuir com uma fundamentação possível aos direitos sociais, André Luiz dos Santos Mottin, buscou reafirmar que tais direitos são fundamentais e que ocupam uma posição de centralidade em relação aos meios e aos fins do Estado, na contemporaneidade.

Lília Teixeira Santos, por sua vez, ressalta a participação do cidadão nos conselhos de políticas públicas municipais como instrumento para efetivação do direito humano fundamental ao desenvolvimento, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Com Lucas Coelho Nabut e Carlos Eduardo do Nascimento se identifica a crise do liberalismo na pós-modernidade, bem como, os efeitos sofridos pelos institutos de direito privado em virtude da constitucionalização, levando a necessidade de perquirir a eficácia dos Direitos Humanos nas relações privadas.

Analisar o enfrentamento da exploração sexual comercial e o modo como estão sendo desenvolvidas as estratégias municipais de enfrentamento, notadamente quando afeta à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes foi a preocupação de Rafael Bueno da Rosa Moreira e André Viana Custódio.

Marcelino Meleu e Emmanuele Paz sustentaram o resgate do princípio da solidariedade, desde que este, contemple o conteúdo prestacionista da Declaração Europeia dos Direitos Humanos, em conjunto com o viés obrigacional da declaração africana.

O direito à liberdade religiosa diante da laicidade do Estado amparado pelo sistema constitucional brasileiro e pelo Pacto de São José da Costa Rica, especialmente, no que concerne aos símbolos religiosos utilizados em prédios públicos e por agentes públicos, ao ensino religioso em escolas públicas, feriados religiosos e transfusão de sangue por testemunhas de Jeová sustentou o trabalho de Paula Falcão Albuquerque.

A contribuição da teoria liberal de John Rawls para o embasamento teórico das ações afirmativas, e sua utilização no direito brasileiro foi a proposta de Max Emiliano da Silva Sena e Liliane Lisboa de Oliveira Barbosa.

Recordamos, com Rubens Beçak e Luís Felipe Ramos, que a efetividade dos Direitos Humanos é tema dos mais complexos, sobretudo em um ordenamento jurídico como o brasileiro, em que são muitas as garantias positivadas. Os 250 artigos da Constituição (sendo 78 incisos, apenas no art. 5º) têm, na prática, pouca efetividade, constituindo verdadeira figura de linguagem, o que contraria diagonalmente os ditames do neoconstitucionalismo, que busca atribuir efetiva força normativa aos documentos constitucionais.

A mediação enquanto instrumento de solução de conflitos comunitários, conscientizadora da comunidade, de seu direito fundamental de efetiva participação no desenvolvimento local foi tema do trabalho de Elaine Cler Alexandre dos Santos.

A comunidade indígena e seu direito de participação nas decisões sobre a exploração dos recursos minerais pertencentes ao seu território foi objeto de investigação por parte das pesquisadoras Ana Claudia Cruz da Silva e Luly Rodrigues da Cunha Fischer. Também preocupadas com comunidades assoladas com violações de Direitos Humanos, Marlise da Rosa Lui e Daniela Mesquita Cademartori, traçam uma consistente abordagem de cinco casos levados ao conhecimento e julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo povos quilombolas do Suriname, Honduras e Colômbia.

Gabriel Klemz Klock e Martinho Martins Botelho analisaram a decisão proferida em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da inexigibilidade de consentimento prévio para publicação de obras biográficas e, se esta, importou em um incentivo para a produção de obras literárias desta natureza.

As atividades desempenhadas pelo Estado, cidadãos e empresa, enquanto atores protagonistas de ações capazes de influenciar no desenvolvimento sustentável, seja na área econômica, social ou mesmo cultural foi objeto de análise por parte de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Ocimar Barros de Oliveira.

Com a educação inclusiva nas escolas municipais de Aracajú, sustentada por Maria Lucia Ribeiro dos Santos e o reconhecimento da diferença e a inclusão social da pessoa com deficiência por Andréia Garcia Martin, alertam para o problema da exclusão social, e seu necessário enfrentamento para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Gabrielle Bezerra Sales e Franciele Bonho Rieffelas destacam a influência das novas tecnologias de informação e de comunicação (tic) e o direito à desconexão como direito humano e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Com apoio na proporcionalidade apresentada na teoria de Alexy, Rogerio Luiz Nery Da Silva e Vinícius Secco Zoconi discutem possíveis conceitos oponíveis à compreensão do efetivo alcance ontológico do direito à saúde, com o objetivo de viabilizar as discussões dele decorrentes sobre sua exigibilidade.

Renata Caroline Pereira Reis Mendes e Viviane Freitas Perdigão Lima, reforçam a necessidade de análise do conteúdo dos Direitos Humanos e sua efetividade no Brasil. Tal conteúdo, como destacam Edmario Nascimento Da Silva, Gilberto Batista Santos, não pode menosprezar a defesa dos bens culturais e da possibilidade de sua ampliação como direito imaterial.

A riqueza dos debates e o compromisso epistemológico sustentado pelos participantes do Grupo, recomendam a leitura dos textos aqui apresentados à todos aqueles que se preocupam com a defesa dos Direitos Humanos em um ambiente policontextual e complexo que se situa a sociedade no século XXI.

Salvador/BA, junho de 2018.

Profa. Dra. Joana Stelzer – UFSC

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dr. Marcelino Meleu – UNOCHAPECÓ

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A PROBLEMÁTICA COMPREENSÃO DO  
ALCANCE DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE A PARTIR  
DOS LIAMES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS**

**THE JUDICIALIZATION OF HEALTH AND THE PROBLEMATIC  
COMPREHENSION OF THE SCOPE OF THE CONCEPT OF FUNDAMENTAL  
HEALTH LAW BY CONSIDERING ITS LEGAL-CONSTITUTIONAL FRAMES**

**Rogério Luiz Nery Da Silva <sup>1</sup>  
Vinícius Secco Zoponi <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente estudo adota por tema o direito fundamental à saúde, justificado pelo recorte da pesquisa o fenômeno da judicialização da saúde. O problema de pesquisa reside em discutir possíveis conceitos oponíveis à compreensão do efetivo alcance ontológico do direito à saúde, com o objetivo de viabilizar as discussões dele decorrentes sobre sua exigibilidade ou não. O método de pesquisa é dedutivo e a técnica opta pela pesquisa literária, dogmática, legislativa e jurisprudencial. O trabalho se estrutura em quatro partes escritas e tem por matriz teoriza a proporcionalidade Alexyana.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Direitos sociais, Políticas públicas, Judicialização, Robert alexy

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present study adopts by theme the fundamental right to health, justified by the research cut the phenomenon of health judicialization. The research problem lies in discussing possible concepts that can be applied to the understanding of the effective ontological scope of the right to health, with the aim of facilitating the discussions that arise about its enforceability or not. The research method is deductive and the technique opts for literary, dogmatic, legislative and jurisprudential research. The work is structured in four parts and has as its theoretical main frame the Alexyan Proportionality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, Social rights, Public policy, Judicialization, Robert alexy

---

<sup>1</sup> Pós-doutor Universidade de Paris e New York Fordham School of Law . Doutor em Direito; Profes-sor Titular de Políticas Públicas (mestrado UNOESC). Professor da EMERJ. Editor-Adjunto EJJL (Qualis A1).

<sup>2</sup> Mestrando no Programa de PPGD UNOESC. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Co-orientado pelos Professores-doutores Rogério Gesta Leal e Rogério Luiz Nery da Silva.

## **1. Desenvolvimento - Introdução**

Em vista da persistência do mais persistente problema prático que marca a temática do direito fundamental à saúde – a ineficiência dos sistemas e o decorrente fenômeno da judicialização, dá-se conseqüente afetação das discussões acadêmicas voltadas à compreensão jurídico-constitucional desse direito, enviesando-se os discursos teóricos para a solução de questões associadas à práxis jurisdicional. Essa contaminação, por assim dizer, muitas vezes se mostra prejudicial à compreensão clara dos atributos ontológicos da saúde enquanto direito fundamental, em juízos obnubilados pela (compreensível) ânsia de se desatar as dificuldades cotidianas do problema originário.

No presente artigo, contudo, sem desprezar a urgência e relevância das discussões diretamente conectadas à judicialização da saúde, busca-se precipuamente uma reflexão sobre o conteúdo normativo e prático do direito fundamental à saúde, enquanto relação jurídica fundamental, em sua compleição ontológica jurídico-constitucional, que passa a ser daqui em diante tomado por problema central desta pesquisa. Para tanto, no tópico a seguir, será examinada a saúde a partir do conceito de relação jurídica matizada pela adoção por base das disposições constitucionais e, por conseguinte, aprofundamento quanto ao atributo da fundamentalidade, precipuamente quanto ao vínculo jurídico constitucional. Ao final, espera-se obter possíveis conclusões, fruto de estudo com adoção de aproximação dedutiva do problema de pesquisa.

Pretende-se, portanto, no presente artigo, partir-se de consistente revisão bibliográfica, centrada no recorte temático deste estudo, para construir a argumentação dedutiva, para, a partir da significação jurídica dos conceitos e categorias manejados, atingir o conteúdo semântico do direito fundamental à saúde, por seus caracteres estruturais de sua compleição ontológica jurídico-constitucional.

## **2. A Saúde como uma relação jurídica fundamental**

No direito contemporâneo, a Constituição é considerada o documento político-jurídico de conformação estrutural de uma determinada sociedade, por meio do qual nasce o Estado respectivo e assenta-se a pedra de toque de sua ordem jurídica. Pela primazia jurídico-normativa desse referencial, deve a Constituição estabelecer a base mínima de funcionamento



do Estado, com a fixação de parâmetros para as relações entre os Poderes estatais e também para as relações travadas pelo Estado com o indivíduo e com o próprio corpo social.

Particularmente na dinâmica das relações Estado-indivíduo e Estado-coletividade, a Constituição reconhecerá um catálogo de bens primordiais, atrelados aos aspectos mais caros da vida do ser humano e dos grupos a que pertence, como garantia de tudo o que é inerente e imprescindível à natureza humana. Tais bens primordiais são posicionados pela Constituição como objetos de relações jurídicas, a envolver, de um lado, o indivíduo e a sociedade e, de outro lado, o Estado (precipualemente).

Como é consabido, uma relação jurídica<sup>12</sup> é caracterizada essencialmente por quatro componentes elementares, a saber: (I) um sujeito ativo, titular do direito estabelecido ou reconhecido pela relação jurídica; (II) um sujeito passivo, a quem recai o dever correspondente a tal direito ou, na linguagem alexyana, o destinatário desse direito; (III) um objeto, bem da vida cuja proteção ou concretização é almejada; (IV) um vínculo jurídico, que estabelece a dinâmica entre os sujeitos ativo e passivo e o pertinente objeto. Nesses termos, é possível extrair da ordem constitucional um conjunto de relações jurídicas dotadas de fundamentalidade, justamente porque trazem como objetividade jurídica os bens primordiais ao indivíduo e à sociedade.

Tais relações jurídicas fundamentais têm o indivíduo e, por vezes, a própria sociedade como sujeitos ativos – titulares de direitos fundamentais – e o Estado como sujeito passivo – incumbidos de deveres fundamentais. Além disso, o vínculo jurídico que lhes estrutura está

---

<sup>1</sup> Para Machado Neto, na clássica obra “Teoria Geral do Direito”, os elementos da relação jurídica são: “a) Fato temporal ou fato jurídico – é o acontecimento temporal que ocorrido, desenlaça a relação jurídica, criando dever para o sujeito obrigado e direito subjetivo ou faculdade para o sujeito pretensor; b) Prestação – é a conduta a que está obrigado o sujeito passivo em face do ativo, desde a verificação do fato temporal; c) Sujeito passivo – é o alguém obrigado em face do titular do direito subjetivo; d) Sujeito ativo – é o titular do direito subjetivo, a quem, pois, está facultado exigir a prestação do sujeito passivo; e) Não-prestação ou ilícito – consequência da liberdade humana é a ocorrência de que o sujeito passivo não realize a prestação que lhe estava imputada pela verificação do fato temporal; f) Sanção – é a consequência jurídica imputada à não-prestação.” (1966, p. 55).

<sup>2</sup> Bobbio, na obra “Teoria da Norma Jurídica”, considera que “uma relação jurídica, como foi visto, é uma relação entre dois sujeitos, dentre os quais um deles, o sujeito ativo, é titular de um direito, o outro, o sujeito passivo, é titular de um dever e obrigação. A relação jurídica é, em outras palavras, uma relação direito-dever. Ora, o que significa ter um direito? Significa, como veremos melhor em seguida, ter o poder de realizar uma certa ação. Mas, de onde deriva este poder? Não pode derivar senão de uma regra, a qual no mesmo momento em que me atribui este poder, atribui a um outro, a todos os outros, o dever de não impedir a minha ação. E o que significa ter um dever? Significa estar obrigado a comportar-se de um certo modo, que esta conduta consista em um fazer, quer em um não fazer. Mas de onde deriva esta obrigação? Não pode derivar senão de uma regra, a qual ordena ou proíbe. Em essência, o direito não passa do reflexo subjetivo de uma norma permissiva, o dever não é senão o reflexo subjetivo de uma norma imperativa (positiva ou negativa). A relação jurídica, enquanto direito-dever, remete sempre a duas regras de conduta, dentre as quais a primeira atribui um poder, a outra atribui um dever.” (2001, p. 42).

calcado na própria Constituição, sem prejuízo da complementação normativa infraconstitucional. Por fim, como já dito, os objetos dessas relações são justamente os bens da vida mais caros ao ser humano, os quais, sob a ótica do sujeito ativo, são rotulados como direitos fundamentais.

Cuida-se aqui, ainda que por outro referencial teórico, do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e de sua instrumentalidade protetiva à dignidade humana. Por assim dizer, a proteção da dignidade é a função precípua da Constituição, na exata medida em que o Estado, tradução jurídico-burocrática da sociedade, tem por único fim a proteção e a valorização do ser humano e de sua dignidade. A origem comum de todo e qualquer direito fundamental está na dignidade humana, cujo conteúdo ético-jurídico imaniza o ordenamento jurídico e a argumentação jurídica na contemporaneidade.

A saúde pode ser compreendida por essa apreensão constitucional. De um lado, intuitivamente, a saúde é um bem primordial ao ser humano. Entretanto, para além da intuição, é possível afirmar que a saúde se conecta fundamentalmente com a dignidade, uma vez que a própria existência humana, pelo menos no estágio tecnológico atual, pressupõe sua corporificação ou materialização em uma compleição físico-mental minimamente funcional. A funcionalidade mínima do ser humano é revelada justamente por sua saúde. Por essa construção, verifica-se a contiguidade entre vida e saúde: aquela dá existência ao ser humano, esta torna-o minimamente funcional enquanto um organismo vivo. Há, portanto, notas de essência fundamental à saúde, que a coloca como objetividade jurídica de uma relação jurídica fundamental.

De outro lado, para além dessa relação ontológica entre saúde e dignidade humana, há também uma relação estritamente normativa. Para sua apresentação, porém, deve-se lançar mão de uma distinção prévia (e precisa) entre os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais: os primeiros são os assim reconhecidos na esfera internacional; os segundos, por sua vez, são os assim previstos por uma específica Constituição – logo circunscritos à realidade de um determinado Estado em uma determinada época (SARLET et FIGUEIREDO, 2013). Este artigo toma por referência conceitual o paradigma dos direitos fundamentais e, para tanto, parte da fonte normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Assim, por essa perspectiva teórica, para a identificação da jusfundamentalidade da saúde (ou do direito à saúde), deve-se examinar a relação estritamente normativa entre saúde e dignidade em vista do conteúdo da CRFB. Tal exame leva a um resultado imediato, em que se

tem a detecção da dupla fundamentalidade formal e material<sup>3</sup> da saúde no Texto Constitucional de 1988, a partir da previsão de seus artigos 6º e 196, dentre outros que os orbitam. Há, portanto, também pelo prisma normativo, uma conexão entre saúde e dignidade humana que confere àquela o *status* de objeto de uma relação jurídica fundamental<sup>45</sup>.

Logo, por essa lente teórica, há uma nítida relação jurídica fundamental, de base constitucional, que tem a saúde como bem da vida, com nítida instrumentalidade protetiva à dignidade humana, seja em vista de uma justificação ontológica, seja à luz de uma fundamentação normativa, esta referenciada pela CRFB.

Assim, rememorando-se a estrutura elementar da relação jurídica, é possível posicionar em órbita à saúde: (I) como sujeito ativo, o indivíduo e, a depender da leitura propugnada, a sociedade – o que será justamente o objeto de discussão no tópico abaixo; (II) como sujeito passivo, o Estado, em caráter precípua, mas também, ao lado dele, outros interessados, como o próprio indivíduo, os membros de sua família e seu empregador; (III) como objeto, a saúde individual e a saúde coletiva, mais uma vez a depender da lente pela qual se observa a relação jurídica; (IV) por fim, como vínculo jurídico, o tipo de postura que deve ser adotada pelo sujeito passivo em relação ao sujeito ativo, visando à consecução do bem da vida, ou seja, a promoção e a proteção da saúde individual ou coletiva.

Veja que rotular a saúde como uma relação jurídica fundamental e, por conseguinte, como um direito fundamental é deveras relevante, porque traz em si todo o peso – histórico,

---

<sup>3</sup> O parâmetro da dupla fundamentalidade é bem apresentada por SARLET et FIGUEREDO (2013, p. 18): “Para esse efeito, lembre-se que a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos e assegurados por uma determinada Convenção Internacional) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.”

<sup>4</sup> A compreensão normativa da fundamentalidade do direito à saúde, longe de um apego exacerbado à base positiva do ordenamento jurídico, é deveras importante e deve ser tomada como um argumento de peso para a afirmação da saúde como um direito fundamental. Veja que, inobstante a diferença estrutural dos sistemas jurídicos, nos Estados Unidos, pela ausência de uma previsão equivalente na enxuta Constituição daquele país, questiona-se inclusive se a saúde é propriamente um “legal right”. Nesse sentido: “Common law support for a right to medical care is also extreme limited. The only clear backing has come with respect to emergencies situations. [...] Under current Supreme Court precedent, medical care is not a constitutional right. However, the Equal Protection Clause could furnish the basis for an argument the unequal access to medical care based on income is a classifying standard which results in invidious, unconstitutional discrimination.” (CHRISTOFFEL, 1978).

<sup>5</sup> Também enfrentando a complexidade de fundamentação, em razão do modelo constitucional sintético norte-americano HAYES (1992, p. 405-415) salienta a necessidade adotar critérios que densifiquem a fundamentalidade .

político e teórico – dessa categoria jurídico-constitucional. Não obstante, “*direito fundamental*” é uma expressão ampla, que congrega direitos de morfologias distintas e, por conta disso, não elucidada, por si só, predicados morfológicos do direito à saúde, em vista de suas particularidades, a exigir o avançar analítico sobre os contornos dessa relação jurídica fundamental.

No presente artigo, nos tópicos subsequentes, avança-se em busca de uma melhor significação da saúde enquanto direito fundamental, abordando-se detida e especificamente dois elementos dessa relação jurídica fundamental, a saber: (I) o sujeito ativo ou o titular do direito; e (II) o vínculo jurídico.

### **3. O Direito à Saúde em vista do vínculo jurídico fundamental**

Tomada a relação jurídica como ponto de partida da análise, o vínculo jurídico é o elemento constitutivo que firma a conexão entre os sujeitos ativo e passivo e que dinamiza o objeto dessa relação – o bem da vida, estabelecendo, a um só tempo, o teor ou o conteúdo da fruição do direito por seu titular, com o correspondente dever por seu destinatário. A fundamentalidade dessa relação jurídica, abstraída a partir da relevância e instrumentalidade de seu objeto para a dignidade humana, exige a compreensão do vínculo jurídico em vista de sua base constitucional, como já externado no tópico 2 deste artigo. Em outras palavras, o exame do vínculo jurídico fundamental corresponde à busca do fundamento constitucional pertinente ao que deve ser garantido ao titular do direito pelo destinatário desse direito, o que, no caso da saúde, envolve predominantemente o indivíduo, como sujeito ativo, e o Estado, como sujeito passivo (ainda que não exclusivamente).

Por uma linha tradicional de compreensão dos direitos fundamentais, a saúde é catalogada como um direito social, integrante da denominada 2ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais (SUSTEK e POVOLONA, 2015). Os direitos sociais, por definição, projetam ao Estado um dever de agir, obrigando-se o ente estatal a prestações positivas, como meios para se atingir a igualdade material entre os indivíduos, a partir da fruição de determinados direitos, como saúde, educação, moradia, seguridade social e os trabalhistas. Trata-se, portanto, de direitos a prestação ou direitos positivos. Por uma compreensão histórica, os direitos sociais foram implementados no modelo do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), particularmente no pós 2ª Guerra Mundial, com o reconhecimento da insuficiência do modelo estatal liberal clássico, guardião tão só da liberdade e da autonomia

individual – os direitos de 1ª geração ou dimensão, resguardados pela mera abstenção do Estado em se imiscuir nos interesses individuais - direitos de defesa, de viés negativo (MENDES et BRANCO, 2009).

Contudo, muito embora didática a apresentação dos direitos em gerações ou dimensões, rotular o direito à saúde estritamente nos termos acima parece não captar com precisão sua estrutura fundamental, pois, a depender do recorte fático-jurídico que se considera, a saúde pode funcionar ora como direito de defesa, ora como direito a prestação. (SARLET et FIGUEREDO, 2013)<sup>6</sup>:

Por essa constatação, é possível a apreensão de um primeiro caractere estrutural do direito fundamental à saúde: cuida-se simultaneamente de um direito negativo e positivo, a exigir abstenções (atos de não violação) e prestações (atos de promoção e proteção) do sujeito passivo – Estado – dessa relação jurídico-constitucional fundamental, o que projeta uma qualificação binária ao dever fundamental de saúde.

Em vista disso, é válido examinar a visão estrutural do direito à saúde, nesta sua dupla caracterização, para se aprofundar a compreensão, particularmente à luz da teorização de Robert Alexy acerca dos direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Inicia-se com o primeiro caractere, qual seja a saúde como um direito a ações negativas do Estado. Vê-se, por essa roupagem argumentativa, que o direito à saúde figura como um limite à atuação estatal, de modo que não é dado ao Estado, sob pena de romper com as linhas protetivas dos direitos fundamentais, empreender qualquer atividade que afete ou prejudique a vida saudável do indivíduo e da sociedade. Há, por conseguinte, uma relação intrínseca entre a saúde e o direito geral à liberdade do indivíduo, na medida em que o Estado é sujeitado a um campo de não-intervenção justamente para se resguardar o campo de livre ação individual, no qual, *a priori*, há condições inatas – um estado, para Alexy – para um viver saudável.

---

<sup>6</sup> “Observa-se, portanto, que os direitos sociais surgem como uma régua niveladora que almeja, de diversas formas, alcançar o ponto mais próximo da igualdade material, ou seja, é o Estado intervindo por meio de prestações positivas e concretas para a garantia de um mínimo de dignidade ao ser humano em ambientes capitalistas em que a concorrência, por vezes, espezinha o cidadão. [...] É importante salientar a diversidade da natureza dos direitos sociais, entre eles, a saúde, a educação e o direito ao trabalho. Nem todos os direitos sociais exigem uma prestação positiva do Estado, alguns podem apenas exigir um poder fiscalizatório, como, por exemplo, a proibição do trabalho escravo ou do trabalho infantil; outros ainda uma mera atividade normativa e reguladora, quando na intervenção das atividades privadas e da atividade econômica; ou ainda uma mera abstenção.”

<sup>7</sup> Para um estudo mais aprofundado, mas que adota a mesma perspectiva alexyana em face do direito fundamental à saúde, tome-se a dissertação de SOUZA (2011, p. 46-72)

Não há nenhuma surpresa nessa conexão entre saúde e liberdade, já que o prisma analítico considerado, nesse primeiro momento, é justamente o caractere da saúde como um direito a ações negativas ou direito de defesa, o qual, desde seu nascedouro, foram interpretados pela ótica liberal clássica como mecanismos de proteção “*da esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos*”. Tal construção está amparada na teoria dos direitos de liberdade implícitos, particularmente em vista de um estado do titular de direitos fundamentais; no caso esse estado corresponde justamente ao direito à saúde.

Pela amplitude do direito à saúde, nessa acepção, tem-se um direito de liberdade implícito abstrato e que fixa posições *prima facie*. (ALEXY, 2017). A projeção individualizada da saúde como direito a ações negativas do Estado é bastante evidente, já que a integridade física da pessoa é colocada como critério material para se aferir o (des) respeito ao direito fundamental à saúde. Veja que, como dito acima, a saúde do indivíduo representa um estado que fixa posições *prima facie*, a comportar equalizações e relativizações em vista de outros interesses, ainda que do próprio titular do direito à saúde. Exemplo nítido dessa afirmação encontra-se na previsão do artigo 4º, da Lei n. 10.216/2001, que dá base a 2 (duas) normas de direito fundamental, a saber: (I) cada indivíduo tem, em face do Estado, um direito a que o Estado não intervenha em sua liberdade ambulatorial individual; (II) o indivíduo poderá ser sujeitado a internações psiquiátricas, para resguardar sua saúde, desde que os demais recursos terapêuticos não tenham se mostrado suficientes.

Apreciada a saúde como um direito a ações negativas, cumpre agora examinar, ainda sob os influxos do pensamento de Alexy, a saúde como um direito a ações estatais positivas, a demandar prestações do Estado, vale dizer, atos estatais de promoção e proteção.

Como já vislumbrado acima, na construção alexyana, os direitos a ações estatais positivas são concebidos em oposição diametral aos direitos de defesa ou direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Nesse sentido, amplificando-se a abrangência do termo “*prestação*”, Alexy (2017) equipara os direitos a ações estatais positivas aos direitos a prestações em sentido amplo.

Vê-se, por conseguinte, que, segundo o autor, o direito a prestações inclui as prestações fáticas, mas também prestações normativas, por meio das quais são erigidas proteções normativo-penais e são criadas normas organizacionais e de procedimento. Em razão disso, os direitos a prestação em sentido amplo são subdivididos em 3 (três) grupos, a saber: (I) direitos a proteção; (II) direitos a organização e procedimento; (III) direitos a prestações em sentido estrito.

É possível, em vista da ordem jurídico-constitucional brasileira, firmada pela CRFB, relacionar cada uma dessas categorias ao direito fundamental à saúde.

Inicia-se com os direitos a proteção, ou seja, com os direitos cuja prestação estatal consiste na proteção contra intervenções de terceiros. Essa atuação estatal pode se dar de modos diversos, a partir de atos normativos, atos administrativos ou até mesmo por meio de ações fáticas. (ALEXY, 2017).

No que toca à produção normativa, há, no ponto, 2 (duas) disposições basilares no Texto Constitucional brasileiro, a lastrear o papel protetivo estatal em matéria de direito à saúde: de um lado, a previsão do art. 24, XII, que fixa a competência legislativa concorrente dos entes federativos para legislar sobre a “*defesa da saúde*”; de outro lado, tem-se a própria disposição matriz relativa ao direito à saúde, encontrada no art. 196, que fixa como dever do Estado a “*proteção*” da saúde, por intermédio de “*políticas sociais e econômicas*”.

A proteção normativa primordial é a proteção jurídico-penal, ou seja, a criação legislativa de figuras que criminalizam determinadas condutas lesivas à saúde individual e coletiva. No Brasil, em que a tutela penal viceja – até em demasia, são encontrados diversos diplomas legais em que a saúde é colocada como objetividade jurídico-penal de crimes diversos, tanto do Código Penal, quanto da legislação penal esparsa. Com destaque, encontra-se o Capítulo III, do Título VIII, do Código Penal, denominado “Dos Crimes contra a Saúde Pública” (artigos. 267 a 285), em que são encontrados crimes de pequeno e médio potenciais ofensivos, com exceção do crime do art. 273, que criminaliza a falsificação, corrompimento, adulteração ou alteração de produto terapêutico ou medicinal, apenado como reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos e multa, além de ser considerado crime hediondo, por força da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, VII-B. Na espécie, a tutela penal da saúde lança mão da multifuncionalidade da sanção penal, particularmente da prevenção geral e especial, para proteção do direito fundamental à saúde.

Contudo, a proteção normativa estatal não se limita ao arcabouço penal. Como já apontado por Alexy, é possível valer-se também da responsabilidade jurídica de natureza diversa, como a administrativa e a cível. Exemplo lapidar da responsabilidade administrativa está no regramento próprio ao Sistema Nacional de Vigilância Sanitária<sup>8</sup>, de assento

---

<sup>8</sup> “O Estado, organizado ao desempenho de suas atividades, articula-se em inúmeros órgãos, separados de acordo com determinada responsabilidade estatal específica, a fim de cumprir com sua função social. No garantismo do direito fundamental à saúde, encontra-se no âmbito de atribuições do SUS – a Vigilância Sanitária – à qual se reserva um conjunto de ações voltadas à prevenção, promoção e proteção da saúde da coletividade. A Vigilância Sanitária tem como principal foco estar um passo a frente das situações que representem risco ou agravo à saúde pública.” (MATOS JUNIOR, 2007, p. 18).

constitucional no art. 200, II e estruturado a partir da Lei n. 9.782/1999, por meio do qual o desempenho de atividades particulares é pautado por regras e condicionalidades protetivas à saúde individual e coletiva. No interior desse sistema normativo, são previstas infrações sanitárias e as respectivas sanções administrativas, objeto de atuação fiscalizatória por parte dos entes federativos, no exercício típico do poder de polícia estatal.

Ao lado da responsabilidade administrativa, identifica-se também a responsabilidade civil em sentido amplo, com especial destaque àquela que se volta à tutela coletiva do direito à saúde, por intermédio destacado da ação civil pública, haja vista a previsão da Lei n. 7.347/1985, art. 1º, IV. Nesse campo, a despeito da legitimidade ativa concorrente para o manuseio dessa ação – art. 5º, não há como ignorar o protagonismo que deve ser exercido por parte do Ministério Público por força da CRFB. Isso se dá porque o Texto Fundamental, por um lado, em seu art. 197, qualifica toda e qualquer ação e serviço em matéria de saúde como de relevância pública; por outro lado, no art. 129, II, à Instituição Ministerial é conferida a função constitucional expressa de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, com a promoção das medidas necessárias a sua garantia. A conjugação desses dispositivos, sob a luz do art. 127, *caput*, posiciona o Ministério Público como agente estatal de atribuição primária na proteção do direito à saúde com base na responsabilidade civil.

O direito fundamental à saúde traz em si também os contornos dos direitos a organização e procedimento, categoria ampla construída por Alexy (2017), mas que pode ser bem identificada também na CRFB, no mínimo em três segmentos. O primeiro deles, com absoluto destaque, está na organização, já no nível constitucional (artigos 198 e 200), de um Sistema Único de Saúde, criado e estruturado para atender ao dever fundamental estatal de saúde, como será examinado no tópico seguinte. O segundo segmento é encontrado na previsão constitucional que dá os contornos organizacionais aos serviços de saúde explorados pela iniciativa privada, parametrizando-se tal atuação como forma de respeito aos direitos fundamentais de seus usuários (art. 199). O terceiro e último seguimento está espalhado pelo Texto Constitucional, em previsões que registram a organização e fixam procedimentos instrumentais à proteção da saúde, individual e coletiva, ainda que de modo reflexo; nesse sentido, encontram-se, *v.g.*, o controle estatal da produção e comércio de material bélico (art. 21, VI), das atividades nucleares (art. 21, XXIII) e daquelas voltadas à manipulação genética (art. 225, § 1º, II).

Por fim, na última categoria do direito a prestações, apresentada por Alexy, cumpre examinar o direito fundamental à saúde à luz do direito a prestações em sentido estrito. Cuida-



se, sem sombra de dúvidas, do aspecto teórico mais controvertido na doutrina e na prática constitucional.

Repise-se a definição de Alexy para esta categoria: “direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares”. (ALEXY, 2017).

Ao examinar a Constituição alemã, Alexy afirma que tal documento político-jurídico, “*com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa*”. Em vista disso, pelo menos para o direito alemão, uma etapa relevante da discussão dessa matéria está em buscar o fundamento dessas prestações em sentido estrito por meio da interpretação constitucional. No Brasil, contudo, particularmente para o direito à saúde, tal questão, pelo menos de partida, parece de somenos importância, em vista da literalidade do texto dos artigos 6º, 196 e 198.

Em que pese essa diferenciação entre os Textos Constitucionais alemão e brasileiro, uma das argumentações apontadas por Alexy para dar lastro constitucional à existência dos direitos fundamentais sociais é sua relação com a liberdade fática. O raciocínio é bastante simples, porém elegante: de nada adianta o resguardo à liberdade jurídica do indivíduo se, por conta de limitações externas, tal liberdade não puder ser por ele realmente exercida; logo, os direitos fundamentais devem estar também à serviço da liberdade fática do indivíduo, propiciando-lhe os pressupostos materiais (fáticos) para o desempenho de sua autodeterminação. Logo, em vista de sua instrumentalidade essencial à liberdade individual, depura-se um substrato constitucional para os direitos fundamentais sociais, leia-se para os direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, 2017).

Apresentado esse hialino fundamento, o ponto mais controvertido da compreensão do direito a prestações em sentido estrito, que transcende as fronteiras dos direitos nacionais, está justamente na estrutura e no conteúdo “*das normas atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica ‘direitos fundamentais sociais’*”.

Tais normas podem ganhar os mais diversos contornos, a depender dos atributos que a elas são conferidos, particularmente em vista de três critérios distintos, apresentados por Alexy: (I) garantem direitos subjetivos ou apenas obrigam o Estado de forma objetiva; (II) são normas vinculantes ou não-vinculantes (enunciados programáticos); (III) fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, são regras ou princípios<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Fazendo a combinação desses 3 (três) critérios, cada qual com 2 (duas) variações, chega-se a um total de 8 (oito) possibilidades estruturais ( $2^3 = 8$ ). Segundo Alexy, “a proteção mais intensa é

Além disso, ao lado dessas possíveis variações estruturais, há também diferenças de interpretação de ordem substancial, a depender de se perfilhar uma visão minimalista (“*direitos mínimos*”) ou maximalista (“*realização completa*”) dos direitos sociais<sup>10</sup>.

Veja-se que a controvérsia, apresentada sob a ótica das normas de direito fundamental, é mais bem percebida quando contemplada em vista da discussão quanto ao grau de vinculação constitucional do Estado, por todos os seus Poderes, ao atendimento dos direitos a prestação em sentido estrito. Cuida-se, segundo Alexy, essencialmente de um problema de competência, que é apresentado como uma forte objeção teórica à subsistência dos direitos fundamentais sociais.

Nessa ambiência, discute-se se e em que medida, à luz dessas normas constitucionais de direitos fundamentais, a política social, que dará base à concretização desses direitos a prestação em sentido estrito, é subtraída da esfera de deliberação parlamentar e, portanto, é desconectada de seu lastro democrático, para comportar a justiciabilidade desses direitos perante o Poder Judiciário ou o Tribunal Constitucional. Em outras palavras, discute-se a dinâmica interinstitucional entre Parlamento e Judiciário sob a luz do princípio da separação dos Poderes.

O debate aprofunda-se em dificuldade ao se verificar também que a própria fixação do conteúdo das prestações a serem viabilizadas pelo Estado oferece dificuldades, haja vista, em geral, o alto grau de abstração das disposições constitucionais referentes à matéria, colocando-se em dúvida inclusive a própria aptidão do Direito e, por conseguinte, do exercício da jurisdição (constitucional), para estabelecer o teor dessas prestações, o que apontaria para a natureza essencialmente política dessa decisão. A reboque, completam a controvérsia as discussões de ordem orçamentária que, via reflexa, também seriam trasladadas do Poder Legislativo ao Judiciário ou ao Tribunal Constitucional, tendo em conta o custo irremediável das prestações em concreto (ALEXY, 2017).

---

garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações (1); a proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações (8)” (ALEXY, 2017, p. 501).

<sup>10</sup> “O programa minimalista tem como objetivo garantir “ao indivíduo o domínio de uma (sic) espaço vital e de um status social mínimos”, ou seja, aquilo que é chamado de “direitos mínimos” e “pequenos’ direitos sociais”. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma “realização completa” dos direitos fundamentais, ou quando se caracteriza o direito à educação como “pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social”. A diversidade acima esboçada dá ensejo à suposição de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada. Parece inevitável que diferenciações sejam feitas.” (ALEXY, 2017, p. 502-503).

Alexy, examinando-se essa e outras críticas, externa sua posição relativa ao embasamento dos direitos fundamentais sociais, fazendo-o, contudo, de modo geral e amplo, ao alinhar tão somente os aspectos normativos, de estrutura principiológica, que devem ser examinados em ponderação para todos os casos. Ainda que tenha afirmado que “*a resposta detalhada a essa questão é tarefa dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais*”, afirma, a título de argumento baseado em exemplos, que as condições postas estão “*satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos*”, o que inclui “*um patamar mínimo de assistência médica*”.

Logo, à luz da teoria alexyana e em vista do vínculo jurídico que lhe é próprio, consolida-se um segundo caractere estrutural do direito fundamental à saúde: trata-se simultaneamente (I) de um direito de defesa, ou seja, de natureza negativa, a exigir abstenções (atos de não violação) por parte do Estado; e (II) de um direito a ações estatais positivas (ou direito a prestações em sentido amplo), tresp dobrado em (II.I) direitos de proteção; (II.II) direitos a organização e procedimento; e (II.III) direitos a prestações em sentido estrito.

Não se pode ignorar, contudo, que a abordagem de Alexy não elucida o grau ou o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais em geral ou de um desses direitos em espécie – nem se propõe a tanto. Contudo, o parâmetro por ele apresentado, se bem compreendido e aplicado, mostra-se multifuncional e resolutivo de duas indagações constitucionais sucessivas: a primeira, tratada como alvo pelo autor, refere-se ao reconhecimento da base constitucional de um determinado direito fundamental social, a partir do balanceamento dos princípios alinhados; a segunda, atingida por extrapolação, pode sim se referir à extensão<sup>11</sup> da concretização prestacional de um determinado direito fundamental social, levando-se em conta os mesmos princípios manipulados na questão anterior<sup>12</sup>.

#### 4. Conclusão

Como se buscou desenhar a título de problema de pesquisa, a ânsia de se desatar as dificuldades cotidianas do problema originário relativo ao refinamento da compreensão teórica da saúde enquanto direito fundamental, verifica-se a viabilidade e a adequação de se

---

<sup>11</sup> Como já informado, ao final do tópico 3, pela limitação temática do artigo, a extensão do vínculo jurídico da relação jurídica fundamental concernente à saúde não será examinada no presente artigo, limitando-se o tópico que ora se encerra à compreensão do teor do vínculo jurídico presente na relação jurídica fundamental que orbita o direito à saúde.

<sup>12</sup> Para uma análise de limites às prestações de saúde em uma realidade diversa da brasileira, vide: SUSTEK e POVOLONA (2015, p. 69-79).

conduzir a análise a partir da noção de relação jurídica, composta por elementos básicos, a saber: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto e vínculo jurídico. Desse ponto de partida, há de se reconhecer para os bens da vida mais caros e essenciais ao ser humano, instrumentais a sua dignidade, a fundamentalidade das relações jurídicas que têm tais bens como objetividade, conclusão essa o que se aprofunda em vista de sua base constitucional. Esse enquadramento teórico aplica-se com exatidão à saúde, a permitir o reconhecimento de uma relação jurídica fundamental que orbita tal direito fundamental.

Firmado esse referencial teórico-argumentativo, o estudo destacado da sujeição ativa dessa relação jurídica revela que o direito fundamental à saúde é essencialmente de titularidade individual, em vista da estrita funcionalidade desse bem jurídico à cada ser humano, tomado em sua singularidade. Esse atributo ontológico do direito fundamental à saúde não é desconstruído nem é incompatível com o reconhecimento da existência de uma comunhão e compartilhamento de interesses sanitários comuns pela coletividade ou por membros de grupos determinados, a admitir a conformação de um interesse metaindividual atrelado ao direito fundamental à saúde. Além disso, esse caractere individual do sujeito ativo do direito à saúde não implica a tese de que toda e qualquer prestação individualizada de saúde pode ser exigida do Estado, sujeito passivo ou destinatário desse direito.

Ao lado desse caractere estrutural, a adequada compreensão do vínculo jurídico que anima a relação jurídica fundamental associada ao direito fundamental à saúde, tomada por base a teoria de Alexy, revela também que tal direito é simultaneamente um direito de defesa e um direito a ações estatais positiva, a exigir do Estado atos de não violação, mas também prestações concretas em sentido amplo, a englobar direitos de proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito.

Ambos os caracteres estruturais do direito fundamental à saúde são identificados a despeito e à margem de questões relativas ao fenômeno da judicialização e devem, para preservar a logicidade do sistema jurídico-constitucional – e, por conseguinte, do exercício da jurisdição – ser observados e tomados como base de toda e qualquer reflexão teórica subsequente pertinente à saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauro: Edipro, 2001.
- CHRISTOFFEL, Tom H. *Right to Health Protection*. In: *Black Law Journal*, Vol. 6, Issus 2 & 3 (1978-1980), p. 183-197.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HAYES, John A. *Health Care as a Natural Right*. In: *Medicine and Law*. Vol 11, Issue 3 (1992), p. 405-416.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.
- MATOS JUNIOR, Ruy Ferreira de. *O direito à saúde e a Vigilância Sanitária*. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia / Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. – v.2, n.2 (jul./dez. 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007.
- MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p 13-50.
- SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. *“Judicialização” dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro*. 151 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre: 2011.
- SUSTEK, Petr e POVOLNA, Michaela. *Right to healthcare: sustainability of the insurance system and the situation in the Czech Republic*. In: Espaço Jurídico *Journal of Law / Universidade do Oeste de Santa Catarina* – Vol. 16, n. 3 Edição Especial 2015. Joaçaba: UNOESC, 2015, p. 69-79.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Portal da Legislação, Brasília, maio 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 maio 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Portal da Legislação, Brasília, junho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 1 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Portal da Legislação, Brasília, junho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 1 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Portal da Legislação, Brasília, julho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 1 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Portal da Legislação, Brasília, julho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Portal da Legislação, Brasília, julho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm)>. Acesso em: 1 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001*. Portal da Legislação, Brasília, junho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015*. Portal da Legislação, Brasília, julho 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2017.