

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

RENATA CAPRIOLLI ZOCATELLI QUEIROZ

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Iara Pereira Ribeiro; Janaína Machado Sturza; Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-732-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), o maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema “Direito e Políticas Públicas na era digital”. Como de costume, o Encontro Virtual do CONPE-DI promoveu uma ampla integração acadêmica, com a participação de pesquisadores de todas as regiões do país e do exterior.

Neste cenário, o GT Direito e Saúde contou com trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas à saúde. Foram 24 trabalhos apresentados por pesquisadores de diferentes partes do Brasil – consolidando o quê tradicionalmente vem acontecendo neste GT: discussões e reflexões vislumbrando a saúde como direito universal diante de grandes desafios, com desdobramentos, avanços e retrocessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e equitativo.

Para tanto, o GT foi organizado em 4 blocos de apresentação, no sentido de equalizar os debates. No primeiro bloco foram apresentados 6 artigos, dentre os quais: “A SAÚDE PÚBLICA FRENTE A FRATERNIDADE E O BIOTERRORISMO: DA GOVERNAMENTALIDADE BIOPOLÍTICA DA POPULAÇÃO AO DISCIPLINAMENTO /CONTROLE DOS CORPOS PELA SOFISTICAÇÃO DA GUERRA”, de autoria de Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Mariana Chini, o qual teve objetivo fomentar uma reflexão acerca da compreensão da saúde pública enquanto um bem comum da humanidade, frente a temática do bioterrorismo como tecnologia bélica de poder no âmbito da utilização de armas biológicas como escolha de guerra. O segundo artigo, intitulado “SAÚDE E GÊNERO: A DINÂMICA IDENTITÁRIA DAS MULHERES TRANSMIGRANTES SOB AS LENTES TRANSDICPLINARES DA FRATERNIDADE”, de autoria de Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, o qual buscou analisar o fenômeno do acesso à saúde e a feminização das migrações que articulam uma diáspora de precariedade ao longo do percurso migratório, fragmentando a potência existencial feminina e cambiando identidades. O próximo trabalho, “A INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de autoria de José Adelar de Moraes, teve por

objetivo analisar a Competência da União, dos estados e dos Municípios, ante a tese firmada no Tema 793. Já o trabalho “A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL”, de autoria de Horácio Monteschio e João Marcos Lisboa Feliciano, objetivou examinar e estudar as disposições normativas concernentes à saúde como direito fundamental e humano, em especial e prioritariamente para aqueles indivíduos em formação, como as crianças e os adolescentes. O penúltimo texto do bloco, “APONTAMENTOS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NO SUS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA REGULATÓRIA EM PROL DO DIREITO À SAÚDE”, de autoria de Mikaele dos Santos e Ale-jandro Martins Vargas Gomez, buscou demonstrar a viabilidade do uso da atividade privada, a partir de um modelo de regulação estatal levado a sério na terceirização de serviços de especialidades médicas no SUS, para a expansão do acesso ao direito à saúde. Por fim, o último texto apresentado neste primeiro bloco, “AS CÂMARAS PÚBLICAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NA GESTÃO DE CONFLITOS NA ÁREA DA SAÚDE”, de autoria de Guilherme Masaiti Hirata Yendo , Aline Ouriques Freire Fernandes e Gustavo Erlo analisou o papel desempenhado pelas Câmaras Públicas de Conciliação na resolução consensual de conflitos na área da saúde envolvendo cidadãos e a Administração Pública.

O segundo bloco contou com a discussão de diversos temas atuais e relevantes, iniciou-se pela apresentação do artigo “BIG DATA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE EM 2022, O ANO EM QUE FINGIMOS QUE A PANDEMIA ACABOU”, dos autores Carlos Alterto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padinha Xavier, o qual abordou a análise do uso de big data e o tratamento de dados pessoais de pessoas doentes demonstrando que a criação e o uso da big data é uma importante ferramenta a ser validada pelo direito. Na sequência, foi apresentado o artigo “CÉLULAS-TRONCO A LEI DE BIOSSEGURANÇA: PREJUÍZOS OU BENEFÍCIOS PARA O FOMENTO DA SAÚDE PÚBLICA?”, de autoria de Juliana de Andrade e Ana Soares Guidas, o qual teve como objetivo conhecer o uso das células tronco na saúde pública analisando sua importância, chegando a conclusão que a pesquisa e uso de células-tronco na saúde pública deve centrar-se na necessidade e legitimidade em prol da vida e da saúde. Em seguida o artigo “CONSEQUÊNCIAS DE O DIREITO À SAÚDE SER UM DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL”, dos autores Danilo de Oliveira, Carol de Oliveira Abud e Marcelo Lamy apresentou a motivação e justificativa das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes fundamentais concluindo que os preceitos indicativos das notas precisam ser considerados por sua essência originária. Os autores Dandara Trentin Demiranda, Vitor Prestes Olinto e José Ricardo Cartano Costa, autores do artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE? DEBATES SOBRE A SUA EFETIVAÇÃO A PARTIR DA

ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO, o qual abordou sobre a importância do SUS e compreender de que modo as restrições orçamentárias podem afetar a efetivação do direito fundamental à saúde. O penúltimo trabalho apresentado neste bloco foi o artigo “DIREITOS HUMANOS, DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BASES REFLEXIVAS PARA O DEBATE DO CONTROLE SOCIAL FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria Luciano Mamede De Freitas Junior , Cassius Guimaraes Chai, que demonstrou que as normas constitucionais e infraconstitucionais são importantes ferramentas jurídicas na garantia da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde, nas quais a participação da sociedade na definição da alocação dos recursos destinados às políticas sociais, priorizando o direito social à saúde, configurando-se condição fundamental para a garantia do direito à vida. Por fim, o artigo ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SAÚDE, de autoria de Janaina Mendes Barros De Lima, introduziu uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discussão em torno do processo do ECI.

O terceiro bloco foi iniciada com a análise do caso concreto do Estado da Bahia, “GASTOS COM SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA 2015-2019: DIREITO SOCIAL AMEAÇADO”, dos autores Bruno Gil de Carvalho Lima , Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, o qual concluiu que a saúde não ficou imune a contingenciamentos e desvinculações de rubricas, que o investimento por habitante não cresceu na proporção das necessidades, que tem havido uma prevalência dos repasses a prestadores privados à custa do sacrifício dos serviços próprios, com metas e objetivos não atingidos nos planos e pactos de saúde. Na sequência o artigo "GORDOFOBIA- OS CORPOS OBESOS E UMA HERMENÊUTICA ATENDA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”, dos autores Tais Martins , Andréa Arruda Vaz , Sérgio Czajkowski Jr, apontou que a obesidade e a saúde são temas de estudo e pesquisa instigantes em diversas searas hermenêuticas. A saúde e o bem-estar devem corporificar a centralidade dos debates. A proteção dos dados pessoais não ficou de fora da discussão do GT, o artigo “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA MEDICINA VETERINÁRIA”, das autoras deixou claro que é necessário que os profissionais da Medicina Veterinária adotem medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados, como a criptografia e o controle de acesso e que, nos casos de vazamento, o profissional deve comunicar imediatamente as autoridades competentes e os titulares dos dados afetados. O trabalho seguinte, “MARCOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS DA SAÚDE: SAÚDE INDIVIDUAL, SAÚDE SOCIAL, SAÚDE AMBIENTAL E SAÚDE SOCIOAMBIENTAL”, dos autores Carol de Oliveira Abud , Danilo de Oliveira , Marcelo Lamy, evidenciou que ao conceituar saúde não se evidencia uma distinção radical entre os conceitos estabelecidos em cada tempo histórico. O combate à COVID 19 foi o assunto

abordado pelos Antonio Ricardo Surita dos Santos , Victor Hugo Tejerina Velázquez no artigo intitulado “O COMBATE À CO-VID-19 NAS VISÕES DO UTILITARISMO E DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS”, que demonstrou que o Utilitarismo e a Teoria de Justiça de John Rawls (justiça como equidade) apresentam respostas distintas para tal conflito, o primeiro privilegiando a satisfação da maioria em detrimento da minoria e a segunda destacando a importância dos interesses da minoria mais desprotegida. Finalizando, o último artigo do bloco três, “O DIREITO DIGITAL E O ACESSO À SAÚDE”, dos autores Joice Cristina de Paula , Lara Paulina Cedro Fraga , Thiago Silva Da Fonseca ressaltou a relevância da abordagem desta temática para melhor reflexão sobre a relevância da utilização dos meios tecnológicos para efetivação do direito à saúde junta-mente com a necessidade de proteção dos dados dos usuários.

Por fim, no quarto e último bloco, o artigo “O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE E OS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5595”, de Urá Lo-bato Martins, os impactos do julgamento pelo STF da ADI 5.595 que teve como a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º e o 3º que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários. No artigo “O NECESSÁRIO IMPLEMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE EM MOÇAMBIQUE”, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Augusto Checue Chaimite se debruçam sobre as dificuldades e complexidades que envolvem a criação, promoção, implementação, proteção e execução de políticas públicas de saúde em um país periférico e de modernidade tardia como Moçambique. O artigo “OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS, A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O APELO MADIÁTICO” de Janaina Mendes Barros De Lima e Ranivia Maria Albuquerque Araújo enfatiza a necessidade de concretização do direito ao acesso à saúde e à vida, principalmente no que se refere aos pacientes que são portadores de deficiência grave e necessitam de medicamentos de alto custo. O autor Orlando Oliveira Da Nóbrega Junior no artigo “OS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DOS PLANOS DE SAÚDE: OS PARÂMETROS PARA A FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA DA COBERTURA EM FACE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA DEMANDA” analisa a jurisprudência baiana que sistematicamente tem negado o tratamento em reprodução assistida com fundamento apenas no Recurso repetitivo do STJ e no Enunciado 20 do TJ/BA. A atuação do profissional médico em redes sociais de forma não individualizada tema do artigo “RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO AMBIENTE DIGITAL: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DIVULGAÇÃO PÚBLICA DE ORIENTAÇÕES DE SAÚDE NO AMBIENTE DIGITAL” de Camila Braga da Cunha que se detém na distinção entre conteúdo educativo e indicação de procedimento terapêutica para identificar a ilicitude de conduta que enseja responsabilidade civil. O dever da administração pública de publicizar dados epidemiológicos

foi demonstrado no artigo “SINDEMIA DE SARS-COV-2, TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO COMPROMISSÓRIO E SOCIAL NAS ADPFS 690, 691 E 69”2 de Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro e Leandro Cavalcante Lima.

Portanto, é possível perceber que o GT Direito e Saúde vêm contribuindo não somente para os debates acadêmicos à partir de suas diferentes abordagens, mas também representa uma grande possibilidade de contribuição para a consolidação e efetivação do direito à saúde como um direito universal e equitativo.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Iara Pereira Ribeiro – USP

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Faculdades Londrina

CONSEQUÊNCIAS DE O DIREITO À SAÚDE SER UM DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

CONSEQUENCES OF THE RIGHT TO HEALTH BEING A HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHT

Danilo de Oliveira ¹
Carol de Oliveira Abud ²
Marcelo Lamy ³

Resumo

Introdução: A percepção das notas características do direito à saúde depende da compreensão conceitual dos termos fundamental, humano e constitutivo da seguridade social. **Objetivo:** Apresentar e esmiuçar a motivação e justificativa das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes fundamentais. **Método:** Revisão narrativa de literatura, por meio de pesquisa qualitativa, com abordagem descritivo-positivista, baseada nos dados obtidos de artigos científicos da Scielo e Google Scholar, sites oficiais do governo, constituições e doutrina jurídica brasileiras. **Resultados:** Os elementos estruturantes que compõem a dimensão humana relacionada ao direito à saúde foram confirmados como exigências constitucionais, confundem-se com a dimensão fundamental. **Conclusão:** Os preceitos indicativos das notas precisam ser considerados por sua essência originária, não podendo se pensar em direito humano e fundamental à saúde sem a indisponibilidade, a precedência, a progressividade, a universalidade, a igualdade, a interdependência e a positividade.

Palavras-chave: Direitos da pessoa humana, Direitos socioeconômicos, Seguridade social, Direito sanitário, Educação em saúde

Abstract/Resumen/Résumé

Introduction: The perception of the characteristic of the right to health depends on the conceptual understanding of the terms fundamental, human, and constitutive of social security. **Objective:** To present and scrutinize the motivation and justification of the characteristics of the right to health as fundamental structuring concepts. **Method:** Narrative literature review, through qualitative research, with a descriptive-positivist approach, based

¹ Doutor e Mestre Direito PUC-SP; Professor PPGD, Mestrado Direito da Saúde, UNISANTA; Professor Direito UNISANTA; Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq/Unisantã “Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde”

² Doutoranda PPG Ciência e Tecnologia Ambiental; Mestre Direito da Saúde PPGD UNISANTA; bolsista Capes-PROSUP; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq/Unisantã “Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde”

³ Doutor PUC-SP; Pós-Doutorando FIOCRUZ; Mestre USP; Vice-Coordenador do PPG em Direito da Saúde UNISANTA; Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde”.

on data obtained from scientific articles by Scielo and Google Scholar, official government websites, Brazilian constitutions and legal doctrine. Results: The structuring elements that compose the human dimension related to the right to health were confirmed as constitutional requirements, confounded with the fundamental dimension. Conclusion: The precepts indicative of the characteristics need to be considered for their original essence, and one cannot think of a human and fundamental right to health without the unavailability, precedence, progressivity, universality, equality, interdependence and positivity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Socioeconomic rights, Social welfare, Health law, Health education

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde, que mais tecnicamente poderia ser intitulado direito à assistência ou à atenção de saúde, é reconhecido pelo ordenamento jurídico nacional e por diversos ordenamentos estrangeiros – em nível constitucional e infraconstitucional.

É ainda dispersa, no entanto, a percepção de todas as notas características desse direito (ROTHENBURG, 1999). Ocorre que dessas notas dependem, em verdade, a compreensão do próprio direito à saúde.

O que significa em termos conceituais e em termos utilitários o direito à saúde ser: um direito fundamental, um direito humano, um direito de segunda geração ou dimensão, um direito constitutivo da seguridade social?

Este tem como objetivo apresentar a motivação justificada das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes, por ser fundamental.

O estudo teve suporte na abordagem positivista-jurídica, com método de revisão narrativa de literatura. Para coleta, foi realizado o levantamento de artigos científicos da base de dados *Google Scholar* e *Scielo*. Para busca legal, foram analisados pactos e tratados internacionais retirados nos *sites* da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos. Contextualizou a temática com algumas decisões judiciais dos *sites* oficiais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Os enunciados da I e II Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça e a legislação brasileira sobre o Sistema Único de Saúde, como apoio orientativo, justificativo e comparativo, em especial entre a vigente Constituição de 1988 e as anteriores, a Constituição de 1967 e a Constituição de 1946. Considerou-se a primordial estrutura dos fundamentos doutrinários das notas ‘direito humano’ e ‘direito fundamental’, construindo uma matriz analítica dentro de um universo de significados. Observou-se o critério ‘seguridade social’ para traçar o paralelo e a conexão com os valores e conceitos apurados. Foram identificados elementos estruturantes que orientam a característica de cada nota relacionada ao direito à saúde e suas motivações.

2 NOTA DA “FUNDAMENTALIDADE”

A fundamentalidade (formal) pode ser entendida como uma característica atribuível cultural e historicamente a um direito, por entender-se que determinado direito constitui, em uma sociedade concreta (situada no tempo e no espaço), uma das ideias lógicas ou éticas estruturantes do seu ordenamento jurídico. Como se trata, nesse olhar, de uma característica

atribuível, é determinante que essa atribuição seja formal. E determinante também que isso se faça pelo instrumental normativo máximo de qualquer ordenamento, o que soe ser a Constituição.

O ordenamento jurídico brasileiro atribuiu formalmente, na Constituição Federal de 1988, ao direito à saúde a nota da fundamentalidade:

TÍTULO II
DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO II
DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Observe-se que as Constituições brasileiras anteriores não estabeleciam formalmente, explicitamente qualquer rol de direitos “fundamentais”. Faziam referência apenas a que os partidos políticos tinham de observar os direitos fundamentais do homem (art. 149, I da Constituição de 1967; art. 141, § 13 da Constituição de 1946) e a que a intervenção no domínio econômico tinha por limite os direitos fundamentais (art. 146 da Constituição de 1946). Quais seriam os direitos fundamentais? Dependia da interpretação.

É defensável também que a fundamentalidade (material) seja entendida como uma característica conatural a um direito, por entender-se que determinado direito constitui uma das ideias estruturantes e necessárias de um ordenamento jurídico “justo”. Nesse olhar, não importa se há ou se não há atribuição formal, positiva. Se um direito é uma ideia estruturante de um ordenamento justo, ele é fundamental. O direito positivo apenas poderia reconhecer tal nota e não a atribuir.

Adaptando-se aos clássicos ensinamentos de Miguel Reale (1996), poder-se-ia dizer que há valores (ou interesses) contingentes que podem ser positivados como fundamentais em determinadas sociedades, assim como há valores necessários (invariantes axiológicos) que são fundamentais para todas as sociedades atuais. Pela amplitude espacial e temporal que o direito à saúde alcançou – reconhecido em praticamente todos os Estados soberanos (ao menos como derivado do direito à vida) e pelo menos há meio século – não seria prematuro afirmar que esse direito possui a conatural fundamentalidade.

2.1 Consequências da nota “fundamental”

2.1.1 Indisponibilidade

O fato de um direito ser fundamental, revela de imediato que o ordenamento jurídico o considera indispensável. O ordenamento depende dos direitos fundamentais, é estruturado a partir deles; portanto, não admite sua inobservância. Todos os direitos fundamentais têm, portanto, a conseqüente marca da indisponibilidade desses direitos para os seus titulares (SILVA, 2011).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal afirmou (AgR no AI 734.487):

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

Assim sendo, o titular do direito à saúde não poderia abrir mão desse seu direito, não importa que benefício teria com tal atitude (olhar que precisa ser corrigido na cultura brasileira daqueles trabalhadores que buscam ser transferidos para setores que adquirirão adicional de insalubridade).

2.1.2 Precedência

O fato de um direito ser fundamental, revela de imediato que o ordenamento jurídico o considera indispensável. O ordenamento depende dos direitos fundamentais, é estruturado a partir deles; portanto, não admite sua inobservância. Todos os direitos fundamentais têm, portanto, a marca da sua precedência (para os sujeitos passivos), em caso de colisão de direitos (SAES, 2011).

Assim sendo, o sujeito passivo do direito à saúde (notadamente o Estado) não pode deixar de lado o direito fundamental à saúde em razão de direitos não-fundamentais.

Sob esse matiz há que se interpretar a discussão hodierna da “reserva do possível” e do “mínimo existencial” (CUNHA, 2015). Como fizera o Supremo Tribunal Federal (RE 639.337):

- A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo

existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

- A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

2.1.3 Não-retrocesso e progressividade

Por outro lado, se há direitos dotados da nota da fundamentalidade, todo o ordenamento está não apenas estruturado e dependente desses direitos, mas desenhado para desenvolver-se a partir desses direitos. Se o ordenamento almeja desenvolver-se a partir desses direitos, é bastante lógico que os direitos fundamentais sejam acompanhados não apenas do princípio, do vetor do “não-retrocesso” (COSTA, 2010), como do princípio e vetor da “progressividade”.

Nesse sentido, Oliveira, Souza e Lamy (2016) afirmam:

Os Estados parte do PIDESC, de um ponto de vista geral, comprometeram-se a adotar todas as medidas apropriadas e possíveis, até o máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar o progresso continuado dos direitos econômicos, sociais e culturais, com vistas ao pleno exercício dos mesmos (art. 2, 1). Em inglês, a expressão “adotar medidas” corresponde à expressão “to take steps”, o que revela melhor o compromisso de dar passos gradativos ao pleno exercício. Na versão francesa, a expressão é “s’engage à agir”, o que revela a necessidade de o Estado envolver-se, engajar-se, comprometer-se à atuar na direção do pleno exercício. Os Estados assumiram, enfim, uma obrigação de comportamento: o de comprometerem-se a tomar medidas gradativas para a plena realização desses direitos.

A realização progressiva significa que os Estados têm a obrigação concreta e constante de avançar da forma mais expedita e da maneira mais eficaz que seja possível (§31 da OG14). Assim como significa que não são permitidas quaisquer medidas deliberadamente regressivas (§32 da OG14).

3 NOTA “HUMANO”

No século XX, consolidou-se no pensamento ocidental a ideia de que há direitos que pertencem ao patrimônio do homem única e simplesmente por uma razão, por pertencer a humanidade. Por isso, seriam invioláveis, atemporais e universais.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, nesse sentido, que “toda pessoa” tem direito à saúde:

Artigo 25º

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

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

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (Decreto nº 591/1992) reconhece o direito à saúde para toda pessoa:

Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A Declaração de Alma-Ata (fruto da Conferência internacional sobre cuidados primários de saúde, realizada em Alma-Ata, URSS, em 1978), por sua vez, reconhece explicitamente ser do direito à saúde um direito humano e fundamental:

I) A Conferência enfatiza que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de São Salvador", de 1988 (Decreto nº 3.321/1999) revela o mesmo sentido no universo dos Estados Americanos:

Artigo 10

Direito à Saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
 - a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de maior risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

No mundo oriental, ainda pode ser levantada a discussão de ser o direito à saúde um direito humano, pois a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981, a Carta Árabe dos Direitos Humanos de 1994 e a Declaração dos Direitos Humanos do Cairo de 1990 não tratam explicitamente do direito à saúde, a saúde aparece apenas ao tratar da proteção do direito à vida ou de outros direitos.

Para nosso universo, no entanto, o ocidental, a certeza de o direito à saúde ser um direito humano está presente.

3.1 Direito humano de segunda geração

Ordinariamente, o direito à saúde é rotulado como um direito social e, portanto, como um direito de segunda geração (CORREIA, 2005), que exige a atuação positiva, prestacional por parte do Estado. Isso é correto, mas não pode nos impedir de enxergar que há dimensões prestativas também em direitos de primeira geração, como há dimensões negativas em direitos de segunda geração. Além disso, todos, no final do século passado, fomos instados a enxergar a dimensão solidária de todos os direitos humanos.

O direito à saúde, como outros direitos humanos, agrega todas essas facetas.

De um lado, a dimensão negativa (típica dos direitos de primeira geração), que proíbe o Estado e os demais de ofenderem ou de colocarem em risco o bem precioso da saúde individual, que impõe o respeito à liberdade relacionada à saúde. Por isso, o Código Civil brasileiro estabelece que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento

médico ou a intervenção cirúrgica” (art. 15). Por isso, para algumas providências, a condição encontrada é a exigência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

De outro, a dimensão positiva (própria, mas não exclusiva dos direitos de segunda geração), que exige a atuação do Estado e dos demais no sentido de enredar todos os esforços possíveis para eliminar os riscos para a saúde coletiva (preventivamente), para assistir em processos de cura das enfermidades coletivas transmissíveis ou crônicas. Assim como, para assistir aos enfermos na reabilitação de sua saúde individual, para assistir aos doentes incapazes de se recuperarem em procedimentos paliativos.

Nesse sentido, importa destacar a consequência de se reconhecer a dimensão positiva do direito à saúde:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, cuja densidade normativa não permite que o poder público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. Os poderes públicos não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do poder público. (STF, RE 482.611)

Assim como convém destacar que é a compreensão dessa dimensão positiva que tem justificado a intervenção judicial em temas de saúde pública:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (STF, RE 436.996)

Por último, a dimensão solidária, que exige a atuação estatal em prol da geração presente, mas também das gerações futuras.

3.2 Consequências da nota “humano”

3.2.1 Universalidade

Por ser “humano”, de todos, independentemente de raça, etnia, origem, credo, sexo, orientação sexual, condição econômica e quaisquer outras formas de discriminação abolidas pelo direito (art. 3, IV da CF/88), o direito à saúde está marcado indelevelmente pela lógica da universalidade.

Se o direito é de todos, não pode ninguém estabelecer qualquer obstáculo ou exigência prévia para seu exercício que possa implicar discriminação de algum grupamento. O acesso aos serviços e aos produtos de saúde oferecidos pelo Estado não podem estar condicionados por exigências para determinados grupos.

Nas Constituições anteriores, o direito à saúde não era reconhecido como fundamental, nem explicitamente como um direito de todos (humano). Razão pela qual era possível que a atenção à saúde fosse privilégio da classe formalmente trabalhadora (art. 158, XV da Constituição de 1967). Isso não é mais possível, pois o atual ordenamento constitucional reconhece que o direito à saúde é de todos, pois a Saúde (ao lado da Previdência e da Assistência) é financiada por todos (art. 195 da CF/88).

Em decorrência da marca da universalidade não pode haver qualquer empecilho para o acesso ao sistema de saúde que diga respeito a qualquer característica individualizada do titular do direito à saúde.

Razão pela qual para esses autores, parece inconstitucional a interpretação estatuída pelo STJ, no Recurso Especial 1.657.156/RJ, em 2017, na sistemática de recurso repetitivo (tema 106), que incluiu a necessidade de demonstração de hipossuficiência econômica (literalmente: incapacidade de arcar com os custos de medicamento prescrito) para os pleitos judiciais de medicamentos.

3.2.2 Igualdade

Enquanto a universalidade é decorrência lógica da nota “humano” no que diz respeito à titularidade do direito à saúde, a igualdade é decorrência lógica da nota “humano” no que diz respeito ao exercício do direito à saúde. Todos têm direito ao mesmo serviço de saúde.

Nesse sentido, relevante mencionar a seguinte decisão do STF, emitida na sistemática de repercussão geral:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. O procedimento da "diferença de

classes", tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, III; 5º, I; e, 196 da CF. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. (STF, RE 581.488)

Não é possível estabelecer serviços ou produtos de saúde diferenciados para as pessoas, salvo quando as circunstâncias fáticas o exijam (pois aqui também se atende à igualdade: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de suas desigualdades). Apenas por razões justificadas e razoavelmente demonstráveis admite-se a distinção, o tratamento diferenciado.

O Sistema Público de Saúde organiza-se, para assegurar a sua eficiência, em padrões de atenção. Fixa-se, por exemplo: Relações nacionais, estaduais e municipais de medicamentos essenciais, especializados e estratégicos (como o RENAME e o REMUME); Relações de ações e serviços de saúde (como o RENASES); Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Todos esses documentos servem de pauta para o que tem e deve ser oferecido no âmbito do exercício igualitário do direito da saúde.

Pode ocorrer, no entanto, que determinado indivíduo demonstre, por meio de laudo de profissional da saúde (de uma das 14 profissões regulamentadas atinentes à saúde, não somente por laudo médico), a imprescindibilidade ou a necessidade de medicamento ou de terapia diversa, pois ineficaz o que é ofertado para todos. Nesse caso, a marca da igualdade exige a distinção. Não podem as relações nacionais e os protocolos servirem para obstar a necessidade da distinção, para obstar o respeito à igualdade. A necessidade específica de cada pessoa pode, portanto, exigir que a prestação devida pelo Estado varie, em respeito à igualdade.

A isso é preciso o Estado se adaptar, como afirmou enfaticamente:

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. (STF, STA 238/TO)

Há casos em que a necessidade pode implicar em outras condutas devidas, mesmo que aparentemente isto gere perplexidade:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas (STF, RE 668.722 AgR).

3.2.3 Interdependência e Indivisibilidade

Em junho de 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena, produzida no seio da 2ª Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, reiterou: “Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.

A concretização de cada direito humano depende de um conjunto de condições fáticas, dos demais direitos humanos e de uma série de atores.

Reafirma Marcelo Lamy (2013):

Não é possível pensar na grande maioria dos direitos humanos de maneira isolada, pois é o conjunto de direitos que permite que cada direito se realize, assim como é do conjunto de atores (Estados, organizações públicas e privadas, coletividades e indivíduos) e não apenas de alguns atores que depende a concretização de cada direito humano.

Em consequência, continua o autor:

Perceberam-se a inter-relação, a interdependência, a necessidade de que o conjunto fosse estudado de maneira indivisível, razão pela qual os direitos humanos passaram a ser intitulados "indivisíveis" e "interdependentes".

É da marca da interdependência que nasceu a preocupação (hoje, necessidade) de se dar atenção muito especial aos condicionantes sociais e aos condicionantes ambientais da saúde.

4 DIREITO CONSTITUTIVO DA SEGURIDADE SOCIAL

É comum encontrar nas obras que se dedicam à história do direito à saúde a vinculação desse direito com o direito à vida. É comum que o direito à saúde seja visto como um direito derivado e intrinsecamente ligado ao direito à vida. Nos países, inclusive, que o direito à saúde não alcançou sua plena autonomia (o que não é o brasileiro) é corriqueiro que a defesa da saúde se dê invocando o direito à vida, o direito à vida digna ou o direito à integridade física.

Raro, no entanto, é o desenvolvimento da percepção de que o direito à saúde, no ordenamento constitucional brasileiro é também elemento constitutivo da seguridade social:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O ordenamento constitucional brasileiro não define o que é seguridade social. Podemos considerar, no entanto, a seguridade social ou segurança social, em termos gerais, como um conjunto de políticas estatais voltadas a amparar e assistir o cidadão e a sua família em situações transitórias ou permanentes de incapacidade (decorrentes de deficiências físicas ou mentais, da pobreza, de doenças, da idade avançada ou do desemprego).

Por políticas estatais, entenda-se: respostas, ações tidas como necessárias para superar ou mitigar uma situação indesejada (um problema) relevante para a sociedade (público). O necessário torna-se devido em função da determinação normativa da obrigação estatal em as colocar em prática.

O fato de a saúde integrar a estrutura da seguridade social reforça a marca da indisponibilidade do direito fundamental à saúde, assim como reafirma as dimensões positiva e solidária do direito humano à saúde.

Ocorre que o ordenamento constitucional brasileiro deu mais alguns passos significativos no regramento da saúde, no âmbito da seguridade social, que também afetam o conceito do direito à saúde.

Estabeleceu, em primeiro plano, que:

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

Ou seja, que o direito à saúde possui duas ‘políticas estatais de seguridade social’ que são garantias constitucionais: 1) políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

doença e de outros agravos; 2) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Pelas políticas sociais e econômicas, logicamente, almeja-se alterar os condicionantes sociais e os condicionantes ambientais da saúde, pois neles residem grande parte das causas de doença ou de agravos de saúde. Da moradia inadequada, da insuficiência de saneamento básico, da alimentação inadequada, das condições laborais insalubres, da exposição à poluentes atmosféricos, da ausência de atividades físicas etc. advém grande parte das enfermidades transmissíveis e crônicas que afetam a população brasileira.

Em função do olhar das políticas sociais e econômicas que foram ampliadas normativamente as atribuições e responsabilidades do SUS, permitindo-se, inclusive, a ampliação dessas atribuições pela lei infraconstitucional:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A consideração de todos esses fatores, de todos os direitos condicionantes do direito à saúde, reforça logicamente a marca da interdependência do direito humano da saúde.

Para a segunda política estatal de seguridade social de saúde elencada pela Constituição, as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, foram ainda estabelecidas diretrizes condicionantes:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

O *caput* do artigo 196 estabelece reforço significativo à marca da universalidade e à marca da igualdade do direito humano da saúde. Inova, por sua vez, ao estabelecer uma nova marca para o direito à saúde, a marca da integralidade.

A diretriz é desafiadora, pois implica que o atendimento, a atenção à saúde (atuação do sujeito passivo do direito à saúde) não pode ser parcial. Há que se enfrentar “todo o” problema de saúde (na sua feição individual e na sua feição coletiva), inclusive antes de ele surgir (por isso, preventivo). Na prática, significa que a atenção à saúde deve se dar na medida exata das necessidades específicas de cada paciente.

E observe-se que os dispositivos 196 e 198 da Constituição não estão sujeitos à restrição normativa infraconstitucional. A autorização constitucional para que se regulamente as ações e serviços de saúde está no artigo 197, normativa voltada para a execução não para os princípios (art. 196) e as diretrizes (art. 198). A diretriz da integralidade não está sujeita a definição infraconstitucional.

Nada obstante isso, inseriu-se na lei orgânica da saúde os seguintes dispositivos, em 2011:

LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990
(Alterada pela Lei nº 12.401, de 2011).

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. (grifo dos autores)

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Na esfera judicial, quando em discussão as coberturas das operadoras de saúde, tornou-se uniforme o entendimento de que as operadoras não podem limitar as terapias, estando a doença coberta, há que a operadora arcar com todas as terapias que se façam necessárias para superar ou mitigar o problema de saúde.

É essa interpretação que é protegida, *a contrario sensu*, pelo Enunciado do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 14, aprovado na I Jornada de direito da saúde em 15 de maio de 2014:

Enunciado CNJ nº 14: Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Da mesma forma, pelo Enunciado CNJ nº 16, aprovado também na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça:

Enunciado CNJ nº 16: Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

Assunto que voltou a ser pauta na II Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça, realizada em 18 e 19 em maio de 2015, resultando em dois novos enunciados:

Enunciado CNJ nº 58: Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

Enunciado CNJ nº 59: As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

A “conduta esperada” (boa-fé objetiva) das operadoras de saúde de não limitar as terapias é também esperada na atenção à saúde dispensada por parte do sistema público. Esse é o sentido da integralidade. Com um fator para a saúde pública diferenciado da saúde suplementar: não há doença que não esteja coberta pelo sistema público de saúde.

A Constituição estabeleceu a diretriz da integralidade, sem permitir, sem autorizar que a lei a alterasse. As disposições da Lei nº 8.080/90 inseridas pela Lei nº 12.401/11 estão contaminadas pela inconstitucionalidade.

Para salvar esse dispositivo infraconstitucional, há que se interpretá-lo não como limitativo da atenção à saúde (o que deve se dar ou não se dar de atenção), mas apenas como organizativo: assim deve ser o serviço para a coletividade, para aqueles que não tem necessidade de uma atenção à saúde diferenciada.

Nesse sentido, afirma o Enunciado CNJ nº 4, aprovado na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça:

Enunciado CNJ nº 4: Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

Entendimento que foi ampliado pelo Enunciado CNJ nº 61, aprovado na II Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça, que deu nova redação ao Enunciado CNJ nº 4:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

A diretriz da integralidade não deixa de ser também uma forma prática, operacional de assegurar a marca da precedência do direito fundamental à saúde. Assim como pode ser visto como uma forma concreta de se assegurar o que há muito é defendido no âmbito da doutrina dos direitos humanos: o respeito ao núcleo essencial desses direitos. Em outras palavras, que não haveria proteção verdadeira ao direito humano à saúde se a proteção não assegurasse o bem jurídico da saúde como ele é entendido hoje: estado de completo bem-estar físico, mental e social.

A única forma de o Estado eximir-se de alguma atenção à saúde demandada por qualquer cidadão é a mesma mencionada quando discorreremos sobre a marca da igualdade: se

as prescrições de saúde não explicitarem a necessidade de terapia ou de medicamento diverso do estabelecido para a coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As notas características do direito à saúde – fundamental, humano, de segunda geração, constitutivo da seguridade social – traz diversas consequências conceituais e utilitárias.

Não se pode pensar o direito humano e fundamental à saúde sem as marcas da indisponibilidade, da precedência, da progressividade, da universalidade, da igualdade, da interdependência e da positividade.

Todos esses conceitos precisam compreendidos pelas suas origens: são marcas da faceta humano ou da faceta fundamental.

O fato de o capítulo voltado à saúde da Constituição brasileira rerepresentar as ideias da universalidade, da igualdade, da positividade, da interdependência e da indisponibilidade tem um sentido lógico, o de indicar o respeito a esses conceitos moldados pela teoria dos direitos humanos e pela teoria dos direitos fundamentais, não de subvertê-los.

Ao estabelecer a integralidade como diretriz das ações e serviços de saúde (segunda garantia constitucional ao direito à saúde, segunda política estatal de seguridade social), a Constituição desvelou a preocupação com a precedência do direito fundamental à saúde, a preocupação com a proteção do estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Os protocolos, as diretrizes, as listas não põem limitar a diretriz constitucional da integralidade, nem a marca da igualdade do direito humano à saúde, nem a marca da precedência e da indisponibilidade do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 226, de 1991*, que aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 56, de 1995*, sobre o Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) adotado em São Salvador, em 17 de novembro de 1988, e do Protocolo referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, Paraguai, em 8 de junho de 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-56-19-abril-1995-358490-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999*, que promulga o protocolo adicional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/?/legisla/legislacao.nsf/ViwerIdentificacao/DEC%203.321-1999&OpenDocument> Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6/7/1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19/09/1990*, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma); RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, DJE de 25-10-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma); AgR no AI 734.487, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, DJE de 20-8-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma); ARE no RE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, DJE de 15-9-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma); RE 436.996 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2005, DJ de 3-2-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática); RE 482.611, rel. min. Celso de Mello, j. 23-3-2010, DJE de 7-4-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno); RE 581.488), rel. min. Dias Toffoli, j. 3-12-2015, DJE de 8-4-2016, Tema 579.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Presidência); STA 238/TO), rel. min. Gilmar Mendes, j. 21-10-2008, DJE 29-10-2008.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. *I Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf Acesso em: 20 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. *II Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

<content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf> Acesso em: 20 mar. 2023.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 117, jan./mar. 2005, pp. 149-166.

COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, out./dez. 2010, pp. 117-159.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015, pp. 94-115.

LAMY, Marcelo. Direitos fundamentais de terceira geração. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. Atlas, 2013, pp. 291-292.

OLIVEIRA, Danilo de; SOUZA, Luciano Pereira de; LAMY, Marcelo. Violação das obrigações estatais na área da saúde: a diferença entre as obrigações mínimas e as esperadas. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 7, n. 13, ago./dez. 2016, pp. 297-316.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 29, out./dez. 1999, pp. 55-65.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais. Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, jul./set. 2011, pp. 115-138.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

UNITED NATIONS (UN). Declaração de Alma-Ata. *Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde*; 6-12 de setembro 1978; Alma-Ata; USSR. In: Ministério da Saúde (BR). https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf Acesso em: 11 abr. 2023.

UNITED NATIONS (UN). *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf Acesso em: 11 abr. 2023.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS (UNHR). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> Acesso em: 13 abr. 2023.