

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

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 Napolini - 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 - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

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

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

Profa. Dra. Livia Gagher 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: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabês Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-423-5

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre “A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas”. Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado “O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética”, descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das “Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações”, e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado “Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia”, abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “O Direito à Saúde e as “escolhas trágicas” no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária”. O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a “Teoria das Escolhas Trágicas” de Guido Calabresi e Philip Bobbitt e a Metateoria do Direito Fraternal de Eligio Restá e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do “ser migrante” no Estado do Rio Grande do Sul”. As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do “ser migrante” de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado “A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional”, com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)”. Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020”. Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde”. O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado “Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário”. O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado “O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos”. Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado “O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19”. O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado “A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia”. Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado “O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde”. Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado “Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde”. Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado “A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado “O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios”. O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

DIAGNÓSTICO LITERÁRIO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL APÓS OS PRIMEIROS TRINTA ANOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

LITERARY DIAGNOSIS OF THE RIGHT TO PUBLIC HEALTH IN BRAZIL AFTER THE FIRST THIRTY YEARS OF THE UNIQUE HEALTH SYSTEM

Sérgio Felipe de Melo Silva ¹
Felipe Costa Camarão ²

Resumo

Com o objetivo de delinear o conteúdo do direito fundamental à saúde, visando servir de consistente amparo teórico aos operadores do direito diretamente envolvidos com as lides inerentes à judicialização da saúde, procedeu-se consistente revisão bibliográfica sobre o tema que, ao fim, mostrou-nos que o direito à saúde é, em síntese, direito-dever fundamental que outorga a seu titular a faculdade de opor face ao Estado e ao particular, obrigações imprescindíveis à preservação e à recuperação do Estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Palavras-chave: Direito à saúde, Sus, Constituição, Direitos fundamentais, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

In order to outline the content of the fundamental right to health, aiming to serve as a consistent theoretical support to law operators directly involved in the tasks inherent to the judicialization of health, a consistent bibliographic review on the subject was carried out, which, in the end, showed in which the right to health is, in short, a fundamental right and duty that grants its holder the right to oppose the State and the individual, essential obligations for the preservation and recovery of the State of complete physical, mental and social well-being .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Sus, Constitution, Fundamental rights, Social rights

¹ Advogado, Professor da ESA da OAB/MA, Especialista em Direito Constitucional (UCAM) e Direito Médico (CERS)

² Procurador Federal, Professor da UFMA, Mestre em Direito (UFMA), Doutorando (UFRJ), Secretário de Estado da Educação do estado do Maranhão

1. INTRODUÇÃO

Quanto ao conteúdo do direito fundamental à saúde pública no Brasil, tanto o texto constitucional quanto o da legislação infraconstitucional são excessivamente genéricos.

Seu conteúdo, na prática, é o resultado da construção jurisprudencial e literária do dia a dia forense e acadêmico. Uma construção que, diga-se de passagem, sobretudo na seara forense, é pouco racional. É comum – e até certo ponto compreensível –, por exemplo, magistrados julgando com o coração, abdicando de certos rigores da lei, temendo serem responsáveis diretos pela perda de uma vida.

Escrito e reescrito ao longo dos últimos trinta anos, o direito à saúde ainda hoje, três décadas após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), é uma obra inacabada. É objeto nuclear de profundas e complexas controvérsias que impactam profundamente o conturbado cotidiano da efetivação das políticas públicas de saúde no país.

Sendo assim, delinear, em termos práticos e sob bases racionais, o conteúdo do direito à saúde é de grande valia para o projeto constitucional de promoção de saúde pública universal e integral para toda a população brasileira, pois serve de bom amparo para os responsáveis por apresentar solução as milhões de lides¹ que dependem deste conhecimento para que solucionadas. No atual contexto de calamidade pública, cevada por uma pandemia nunca antes experienciada, a compreensão destes pontos nodais do direito à saúde é ainda mais necessária, dada a explosão de demandas judiciais e do ineditismo da conjuntura fática que as permeia, como, por exemplo, a explosão de demanda por atenção à saúde ao mesmo tempo em que há exponencial agravamento dos obstáculos econômico-pecuniários e econômico-estruturais à efetivação das políticas públicas de saúde.

Nesse ambiente de perplexidade e incertezas de toda ordem, o presente ensaio analítico descritivo, síntese de larga e densa revisão literária acerca do direito à saúde pública, empreendida a partir da seleção e leitura de artigos científicos de relevância notória relevância científica sobre o tema, escritos em língua portuguesa, publicados em

¹ O que é possível verificar objetivamente no estudo “Justiça em Números”, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu site oficial.

periódicos nacionais *Qualis* “A”, apresentará resposta à questão: qual a face do direito à saúde pública após trinta anos de vigência da Lei Geral do SUS?

À partida, será apresentada a metodologia. Nas páginas posteriores, reservadas à dissertação da síntese do entendimento literário acerca dos principais aspectos do direito à saúde será apresentado o atual posicionamento acadêmico acerca da fundamentalidade, do conteúdo, dos titulares, dos destinatários, da responsabilidade dos entes federados e da efetividade do direito à saúde.

A exploração e exposição de cada um destes tópicos constituem os objetivos específicos do estudo que, reunidos, constituem o objetivo principal: apresentar o diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os trinta anos de vigência da Lei Geral do SUS.

Trata-se, portanto, de um estudo teórico cuja pertinência científica e social reside em sua aplicabilidade prática, visto que o mesmo serve tanto como material de consulta para os magistrados que diariamente debruçam-se sobre ações judiciais ligadas à saúde pública, bem como para os gestores públicos de saúde e estudiosos do direito que se dedicam ao estudo do tema.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa é do tipo revisão integrativa de literatura, consistente na reunião, organização e análise de material bibliográfico selecionado a partir de critérios previamente traçados possibilitando ao pesquisador alcançar a síntese das evidências científicas que se tem sobre dado objeto ou tema. Cuida-se de um tipo de pesquisa que exige, à partida, a delimitação da questão norteadora da investigação; a definição de critérios de inclusão e exclusão à seleção das referências bibliográficas; o estabelecimento dos dados que se quer extrair dos materiais selecionados; a avaliação dos estudos inseridos na revisão; para que, posteriormente, sejam apresentados os resultados da prospecção do material bibliográfico e a respectiva síntese do material revisado (SOUSA, SILVA E CARVALHO, 2010, p. 104-105).

Nesse sentido, primeiramente, questionou-se: como os articulistas das revistas brasileiras de relevância internacional retratam o direito à saúde baseando-se no disposto na CRFB e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?

Em seguida, foram selecionadas dez revistas científicas consideradas de relevância internacional pela CAPES (*Qualis* A1 ou A2) já usualmente consultadas pelo

pesquisador e indexadas nas plataformas Google Acadêmico e *Scientific Electronic Library Online* (SCIELO). A saber: Rev. de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rev. Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), Rev. Direitos Fundamentais e Justiça, Rev. De Direito Brasileiro (RD), Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Rev. Brasileira de Direito, Rev. Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL), Rev. Direito, Estado e Sociedade, Revista Jurídica da Presidência, Revista Direito Público (IDP).

Feito isso, consultou-se, então, a base de dados de cada uma delas, procurando-se na secção de pesquisa, a partir da utilização das expressões “direito à saúde” e “direito à saúde na Constituição”, artigos completos ali publicados no lapso temporal 2000-2020, que versassem sobre o direito à saúde com base no texto constitucional e/ou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde pública, escrito em língua português e por autor brasileiro, disponibilizados gratuitamente. Assim, foram excluídos ou desconsiderados boletins informativos, revisão de anais, trabalhos monográficos, dissertações, teses, artigos incompletos, artigos completos em que o direito à saúde era apenas marginalmente estudado e/ou em descompasso com os critérios de inclusão acima mencionados. Ao fim, finalizadas as buscas, foram selecionados vinte e três artigos.

Para a interpretação desse material, utilizou-se a técnica de análise de conteúdo, na matriz Laurence Bardin (2011), elaborando-se, então, uma matriz para consolidação dos dados extraídos dos ensaios selecionados e como base nela categorizou-se as informações extraídas dos ensaios selecionados, depreendendo-se de cada um deles as seguintes informações: 1) título da revista; 2) classificação da revista segundo a CAPES (*Qualis*); 3) título do artigo; 4) principais conclusões sobre, 4.1) fundamentalidade; 4.2) conteúdo; 4.3) titularidade; 4.4) destinatário; 4.5) eficácia do direito à saúde.

3. RESULTADO

Respeitando os limites metodológicos acima sublinhados tem-se uma amostragem composta por vinte e quatro artigos científicos. Todos estes publicados em revistas com *Qualis* A segundo a classificação da CAPES, o que significa que foram publicados em periódicos com relevância internacional. Destes, dezenove com *Qualis* A1; cinco com *Qualis* A2.

Aduz-se dessa amostragem a predominância de estudos teórico-reflexivos, documentais e bibliográficos. Há, ainda que em menor frequência, estudos empíricos, dentre quais, um é uma revisão documental, especificamente, de jurisprudência do STF e outro é um estudo de caso cujo objeto é uma ação julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Foram identificadas pouquíssimas reflexões acerca do conceito de saúde que deve conduzir meditações acerca do direito à saúde, e nestas, há pouca densidade teórica.

Nessa direção, registra-se certo consenso quanto à adoção, pelo constituinte, do conceito de saúde assinado pela Organização das Nações Unidas (OMS), para quem saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e que, sob tal enfoque, o conteúdo do direito à saúde abrange as tutelas curativa, preventiva e promoção, sendo este, então, direito à proteção, à garantia e à recuperação do estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Não foram constatadas intervenções críticas contrárias à fundamentalidade do direito à saúde. Pelo contrário, em todos os artigos eleitos para análise, destacou-se sua fundamentalidade formal e/ou sua fundamentalidade material, argumentando-se, em síntese, que a saúde é um bem da vida imprescindível à dignidade da pessoa humana e à concretização dos fins do Estado brasileiro (argumento material); mas também, que a norma constitucional que o tem como objeto de tutela fora positivado textualmente no rol dos direitos e garantias fundamentais sociais da CRFB (argumento formal).

Neste recorte, há também ampla concordância quanto à titularidade do direito à saúde ser tanto individual quanto coletiva; assim como em relação aos destinatários da norma constitucional: o Estado e pessoas privadas (físicas e jurídicas).

Por igual, em relação à eficácia objetiva e subjetiva do direito à saúde. Não fora observada nenhuma manifestação que apresentasse argumentos contrários à vinculação fático-jurídica exercida pelo direito à saúde sob os Poderes Públicos e os particulares (pessoas físicas e jurídicas). Nesse particular, a controvérsia cinge-se à efetividade prática, sobretudo, no âmbito público.

Há proeminência de pesquisas dedicadas à efetivação, sobretudo em perspectiva individual, do direito à saúde na seara do Sistema Único de Saúde. Nesse prisma, deu-se ênfase: 1) à dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde e pouca ou nenhuma atenção à sua dimensão defensiva (ou negativa); 2) à tutela administrativa do direito à saúde, em especial, no tocante aos limites e possibilidades prestacionais do SUS; 3) à

tutela jurisdicional do direito à saúde, e nessa seara, os debates giram em torno: 3.1) legitimidade do controle judicial de políticas públicas de saúde; 3.2) os limites à intervenção judicial na execução de políticas públicas de saúde; 3.3) a necessidade da tutela jurisdicional somente ocorrer em caráter subsidiário e de maneira racional, ou seja, com base nas diretrizes e definição (éticas, econômicas e tecno-científicas) fixadas em lei (em sentido amplo) e na Constituição; 4) os limites às limitações à eficácia individual do direito fundamental à saúde sob o prisma das cláusulas da reserva do possível e do mínimo existencial. Em contrapartida, a necessidade de tutela legislativa à saúde, fora apenas marginalmente citada, sem que tenha sido objeto de investigações de fôlego.

Nesse sentido, poucos artigos se debruçaram sobre a efetivação do direito à saúde no espectro das relações privadas (pessoa física x pessoa física; pessoa física x pessoa jurídica de direito privado). Os que foram nessa direção, versaram sobre aspectos jurídicos da saúde enquanto bem de consumo em meio às relações consumeristas firmadas entre particulares (consumidores) e fornecedoras de serviços médico-hospitalares (o popular, plano de saúde privado) ou sobre a participação de pessoas jurídicas de direito privado na execução das políticas públicas do SUS.

Há uma sólida maioria de artigos focados no direito à saúde sem focalizar especificamente no direito individual ou coletivo. Mas, mesmo nestes que falam sobre ambos, ao lê-los, é possível constatar que fora dado maior destaque ao direito individual em detrimento do coletivo. Inclusive, a densidade teórica das abordagens sobre o direito individual se sobrepõem às dedicadas à dimensão coletiva do direito à saúde. Haja vista que artigos que se voltaram precipuamente à perspectiva transindividual da prerrogativa fundamental em comento focaram, sobretudo, na dimensão coletiva como fator limitante à eficácia do direito à saúde em perspectiva individual; como paradigma da condição cidadã; elemento essencial do estado de bem-estar social plasmado na CRFB, enquanto que, por outro lado, os ensaios centrados no direito individual à saúde, além de dedicar mais espaço a uma descrição minuciosa sobre essa face direito à saúde, imergiram em densas discussões a seu respeito. Nesse sentido, pode-se afirmar na circunscrição amostral do presente estudo, o direito individual à saúde fora estudado com mais frequência e profundidade.

Dito isso, passa-se a dissertar sobre o direito à saúde, à luz dos artigos científicos revisados.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL APÓS OS TRINTA ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI 8.080/90: fundamentalidade, conteúdo, titulares, destinatários, responsabilidade dos entes federais e dos particulares e efetividade

4.1 Fundamentalidade do Direito à Saúde

Preambularmente, convém frisar que, à luz da literatura constitucional brasileira contemporânea, se considera direito fundamental “todas as posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto constitucional, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparado” (SARLET, 2015, p. 75-78).

Nesse sentido, perquirir a fundamentalidade de um direito em espécie é, essencialmente, um empreendimento voltado a apurar o tratamento lhe dispensado nas páginas da CRFB e a conexão, ou não, entre o seu conteúdo e o da Constituição material.

Tendo isso em mente, ao examinar os artigos selecionados no primeiro momento da pesquisa, considerou-se como manifestação favorável à fundamentalidade do direito à saúde, tanto as que o fizeram com base em argumentos enviesados pelo direito constitucional positivo, quanto àquelas que sublinharam uma simbiose substantiva entre o direito à saúde e a CRFB.

Sob tal enfoque, ao percorrer a estrada de saberes pavimentada pelos ensaios revisados, nota-se que há robusto consenso quanto à fundamentalidade do direito à saúde. No campo amostral explorado ninguém a nega ou empreende argumentos para refutá-la.

Na ampla maioria dos artigos, sobretudo naqueles publicados mais recentemente, o tema foi apenas marginalmente explorado. A parcela majoritária dos ensaístas sequer fez menção à tese contrária à fundamentalidade do direito à saúde.

Ainda no tocante à densidade teórica no trato do tema, registra-se que na maior parte dos artigos, o(s) autor(es) se limitaram a citar que o direito à saúde é um direito fundamental, e com base nisso imergiram em outros temas ligados à saúde, sem, contudo, apresentar argumentos para justificar tal afirmação.

Em contrapartida, uma minoria, para além de sublinhar a fundamentalidade do direito à saúde, elencou argumentos seus ou de terceiros em favor desta tese. Nesse recorte, identificou-se um argumento formal e cinco materiais. O formal: o direito à saúde encontra-se prescrito no art. 6º da Constituição, dispositivo capitulado no título dos direitos e garantias fundamentais da CRFB, sob a forma de norma constitucional, logo, trata-se norma de direito e garantia fundamental. Os materiais: 1) saúde é condição elementar do princípio da dignidade da pessoa humana²; 2) saúde é pré-requisito para o exercício do direito à vida digna³; 3) saúde é precondição para a efetiva fruição de uma série de outras prerrogativas⁴; 4) saúde é fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade e, portanto, à consecução da autonomia privada⁵; 5) a tutela da saúde é premissa basilar do Estado de Bem-Estar Social instituído na CRFB⁶.

Assim, sob o prisma dos dados levantados, pode-se concluir, então, que o debate em torno da fundamentalidade do direito à saúde encontra-se pacificado, tendo prevalecido o entendimento segundo o qual o direito à saúde é um direito fundamental tanto sob o prisma da formalidade quanto da materialidade.

Portanto, em que pese respeitáveis digressões apresentadas no passado⁷, hoje, resta consagrado, a literatura é uníssona em afirmar a fundamentalidade (material e formal) do direito à saúde.

4.2 Conteúdo do Direito Fundamental à Saúde

Dentro do campo amostral que serve de referencial bibliográfico para o presente estudo há sólido consenso quanto à inclinação do constituinte à aceção de saúde assinada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), para quem, desde 1946⁸, o

² Vê-se isso, por exemplo, em: Siqueira e Bussinguer (2010, p. 286).

³ Vê-se isso, por exemplo, em: Oliveira e Costa (2011, p. 82).

⁴ Vê-se isso, por exemplo, em Sarlet e Figueredo (2008, p. 129).

⁵ Vê-se isso, por exemplo, em: Sarlet e Figueredo (2007, p. 180).

⁶ Vê-se isso, por exemplo, em: Bussinguer e Salles (2018, p. 118).

⁷ Quanto a tais digressões, Schwartz e Bortolotto (2008, p. 260), *in verbis*: “uma interpretação meramente gramatical do art. 5º, § 2º, e do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88 poderia levar à conclusão de que tais dispositivos não se aplicam ao direito à saúde, nem a qualquer outro direito social, pois o dispositivo menciona apenas os direitos e garantias individuais, não englobando expressamente os direitos sociais. Trata-se, porém, de uma análise equivocada do texto constitucional, pois, é possível afirmar que todos os direitos fundamentais possuem aplicação direta e imediata e que todos os direitos fundamentais estão acobertados, em seu núcleo essencial, pela proibição de abolição pelo poder reformador”.

⁸ “É a partir do século XX, com o surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, que a saúde vai receber tratamento institucional – internacional e nacional – como o completo bem-estar físico, mental e social, para além da noção que envolve a ausência de doenças ou agravos, independente da condição social ou econômica do ser humano, de sua crença religiosa ou política” (LEAL, 2006, p. 26).

conceito de saúde não se restringe a elementos bioquímicos estritamente ligados ao corpo humano⁹, cingindo-se, para além da noção de doença, aos fatores sociais (econômicos, políticos, culturais e ambientais) que influem direta ou indiretamente no bem-estar corporal, psicológico e sócio ambiental do indivíduo que ressoam à coletividade¹⁰, sendo, assim, o estado de completo bem-estar físico, mental e social (SILVA e BAHIA, 2020, p. 24).

Partindo do referencial teórico de saúde acima sublinhado, mas também do disposto no art. 196 da Lei Fundamental brasileira, os autores revisados expressaram uma noção expansiva de direito à saúde, segundo qual o citado direito fundamental, transcendendo a tutela meramente protetiva da saúde, se presta também à promoção e à restauração do estado de completo bem-estar físico, mental e social, tanto em perspectiva negativa quanto positiva.

Em consequência à conformação do texto constitucional à aceção de saúde estabelecida pela OMS, há o alargamento do âmbito de proteção do direito à saúde.

Isto porque, nessa direção, direito à saúde é composto por posições jurídico-subjetivas que obstaculizam intervenções indevidas do Estado e dos particulares em seu âmbito de proteção, bem como por àquelas que estabelecem (principalmente ao Estado) a concretização de prestações positivas necessárias à efetivação da tutela à saúde, nos termos acima sublinhados.

Foram citadas prestações negativas, que estabelecem direitos subjetivos relacionados à impugnação de atos ofensivos à saúde, como, por exemplo, a declaração de nulidade de ato normativo ou administrativo que embaraça ou obsta o exercício do direito á saúde (SCHWARTZ e BORTOLOTTI, 2008, p. 263-264). Mas também, prestações positivas em sentido amplo, que constituem direitos-deveres “de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental¹¹”,

Nessa toada, “a Constituição da OMS registrou em seu preâmbulo a definição de saúde como ‘[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social que [...] não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade’, distanciando-se do reducionismo conceitual da saúde como prática sanitária que visa à cura do indivíduo” (BUSSIGUER e SALLES, 2018, p. 130).

⁹ Nesse sentido, Mattos Jr. (2007, p. 02), *in verbis*: “o atual modelo da saúde pública é o preventivo, ou seja, o entendimento de que a saúde não se consubstancia apenas na concepção uníssonas da ausência de doença, e sim, de um conjunto de fatores que envolvem o ser humano. A saúde analisada em seu contexto é o completo estado de bem estar, tanto físico, mental e social. É o que está expresso no preâmbulo da Constituição de 1.946 da Organização Mundial de Saúde (OMS)”.

¹⁰ Sobre as assim chamadas determinantes sociais da saúde, Cf. GARBOIS, Júlia Arêas; SODRE, Francis; DALBELLO-ARAUJO, Maristela. Da noção de determinação social à de determinantes sociais da saúde. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 112, p. 63-76, mar. 2017.

¹¹ Nesse sentido, importa registrar lição de Sarlet e Figueredo (2008, p. 133) segundo a qual, “a dimensão objetiva do direito à saúde respalda a extensão da tutela jusfundamental ao próprio Sistema Único de

tais como: “organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, (...), a regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS”. Bem como, prestações em sentido estrito, que imputam encargos relativos à execução de prestações estritamente materiais, a exemplo da disponibilização de insumos (medicamentos, órteses, próteses e afins) e a realização de serviços (tratamentos, procedimentos cirúrgicos e afins) (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 133).

Ou seja, o direito à saúde encerra um “complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações” (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 188), sendo simultaneamente, “direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular”, bem como direito prestacional que estabelece principalmente ao Estado a concretização de prestações positivas direcionadas à sua efetivação (LEAL, 2006, p. 30).

Em síntese, “a Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, conforme propugna a OMS, que ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental”, sendo, então, “mais apropriado falar-se não simplesmente em direito à saúde, mas no direito à proteção e à promoção da saúde, inclusive como ‘imagem-horizonte’ a ser perseguida”, que outorga ao seu titular o direito às prestações positivas e negativas que lhe garanta acesso “aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos)”, mediante ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), assim como à melhora “das condições de vida e de saúde das pessoas” (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 132).

Portanto, o âmbito de proteção do direito à saúde¹² contém as várias posições jurídico-prestacionais fundamentais, negativas e positivas, necessárias à proteção, à promoção e à recuperação da saúde. Por via oblíqua, nele inserem-se, por exemplo, a

Saúde (SUS), como típica garantia institucional, estabelecida e regulada originariamente em nível constitucional”.

¹² “O âmbito de proteção de um direito fundamental, segundo a posição corrente, que, em termos gerais, é possível endossar, abrangem os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica. Em outras palavras, trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado” (SARLET, 2015, p. 405). Nesse sentido, Cf. ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 302; SILVA. V.A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado** n.4, p. 23-51, 2006.

institucionalização do Sistema Único de Saúde¹³; a proteção, a efetivação e o fomento do SUS¹⁴; o acesso universal e gratuito à assistência integral à saúde¹⁵, 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” (Art. 196, da CRFB).

Dito isso, cabível e oportuno registrar que, ainda que às margens do nosso campo amostral haja estudos de considerável densidade teórico-jurídica tecendo respeitáveis críticas a definição de saúde da OMS¹⁶, o Supremo Tribunal Federal, autoridade máxima da República em matéria de interpretação constitucional, adota como vértice interpretativo há pelo menos vinte anos¹⁷. Mesma linha seguida pela sólida maioria dos estudiosos do direito à saúde, que, à semelhança dos ensaístas revisados nesta pesquisa, asseveram que a Constituição inclinou-se à definição de saúde da OMS, segundo a qual saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social (REISSINGER, 2008, p. 26 e ss.)¹⁸.

Portanto, no tocante ao conteúdo, o entendimento expressado dentro do nosso recorte de referências bibliográficas coaduna-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e à visão majoritária da literatura.

¹³ Nesse sentido, por exemplo, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 126).

¹⁴ Nesse sentido, por exemplo, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 133).

¹⁵ Sobre assistência integral à saúde no espectro público, Siqueira e Bussinguer (2010, p. 292), *in verbis*: “integralidade na assistência é entendida como sendo um conjunto articulado de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. O SUS deve garantir ao cidadão o direito de atenção integral à sua saúde, desde as ações de promoção da saúde, prevenção de doenças até os tratamentos especializados e de recuperação, quando expostos a qualquer tipo de doença ou agravo”.

¹⁶ Sobre críticas à concepção de saúde da OMS, Cf. RAMOS, E.M.B, **Universalidade do Direito à Saúde**. – São Luís: EDUFMA, 2014, p. 45 e ss.

¹⁷ Prova disso nos é dada, por exemplo, em: STF, AgR-RE n. 271.2868/RS, Min. Rel. Celso de Melo, julgado em 12.09.2000; STF, ADPF n. 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 31.07.08; STF, RE n. 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 08.06.2016; STF, ADI n. 5592/DF, Min. Rel. Cármen Lúcia, julgado em 11.09.2019.

¹⁸ Sobre a consagração do conceito de saúde da OMS no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, importa trazer a lume lição de Ramos e Diniz (2017, p. 172), segundo a qual “o texto normativo da OMS é referência obrigatória para a compreensão dos principais aspectos relacionados à saúde: conceito e complexidade; indissociabilidade das condições de vida das pessoas; caráter individual, social e coletivo e a necessidade da participação da sociedade e do Estado na sua garantia” (RAMOS, E. M. B; DINIZ, I. M. Direito à saúde e a ideia de proteção social na Constituição Federal de 1988: notas iniciais. **Revista Direito em Debate**, 26 (48), p. 159-184, 2017).

4.3 Titulares e destinatários¹⁹

Primeiramente, cumpre assinalar, que a literatura registra uma dupla dimensão do direito à saúde, sendo este, neste prisma tanto uma prerrogativa individual quanto coletiva.

Como bem individual, entende-se que a saúde cinge-se às noções singularizadas de dignidade da pessoa humana, vida digna e integridade física. Enquanto que, na condição de objeto transindividual, transcende a perspectiva singular da tutela à saúde, associando-se às noções coletivas de proteção, segurança, paz e desenvolvimento (humano e econômico-sustentável), ou seja, cinge-se à ideia de bem-estar sócio ambiental da comunidade.

Levando isso em consideração, mas também tendo em vista que o constituinte, literalmente, proclamou a universalidade do direito à saúde nas páginas da Constituição, ao descrevê-lo como direito de todos, os articulistas analisados expressaram que, à semelhança de outras prerrogativas fundamentais, tais como à educação, o direito à saúde é um direito fundamental de titularidade simultaneamente individual e coletiva.

Individualmente, há exercem todas as pessoas naturais e os nascituros, e não apenas os brasileiros ou os residentes no Brasil, tal como sugere a interpretação literal e restritiva do art. 5º, da CRFB²⁰, diretamente ou por meio de seus representantes legais, mediante prestações jurídicas negativas ou positivas (em sentido amplo ou em sentido estrito), estatais ou privadas. Atualmente, o exemplo mais simbólico do exercício

¹⁹ À definição do(s) titular(es) e destinatário(s) do direito fundamental à saúde, toma-se como referência lição de Ingo Sarlet (2015, p. 2015), para quem “titular do direito, notadamente na perspectiva subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção ao seu direito”.

²⁰ Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 133), *in verbis*: “vigente, pois, o princípio da universalidade, no sentido de que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, o que também não impede que haja diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando sopesada com o princípio da igualdade – o que é o bastante para demonstrar que, embora correlacionados, tais princípios não se confundem. A partir disso é possível sustentar-se, em linha de princípio, a titularidade universal do direito à saúde, respaldada em sua estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem exceções, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Ressalve-se que nem mesmo as políticas públicas atualmente vigentes dão amparo a esse tipo de interpretação restritiva, na medida em que apresentam caráter nitidamente inclusivo, como são exemplo alguns programas especiais de assistência à saúde, seja porque dirigidos a grupos populacionais especiais dentro do território nacional, como no caso dos povos indígenas, seja porque voltados à população estrangeira que acorre aos serviços públicos nas cidades da fronteira terrestre do Brasil, demonstrando, enfim, que o caminho não é a exclusão”. Nesse sentido, Cf. Mattos Jr. (2010, p. 04); Sarlet e Figueiredo (2017, p. 198). No mais, vê isso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em: STF, HC n. 94016/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 07.04.2008.

individual do direito à saúde, são os milhões processos judiciais protocolados em desfavor do Sistema Único de Saúde visando compeli-lo ao imediato fornecimento de bens ou serviços de saúde em favor do autor da demanda, que fomentam a assim chamada judicialização da saúde pública.

Por outro lado, o exercício coletivo do direito à saúde cabe à comunidade, diretamente ou por intermédio de representantes legais constitucionalmente designados à defesa dos interesses coletivos, a exemplo da saúde pública, como, por exemplo, o Ministério Público²¹, a Defensoria Pública e (algumas) Associações Privadas, através das posições jurídicas que garantam o bem-estar transindividual. É o caso, por exemplo, das ações judiciais voltadas às eventuais correções na gestão do SUS ou à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado²².

Ou seja, trata-se simultaneamente de direito subjetivo particular à plena proteção à saúde, mediante fruição das posições jurídico-subjetivas necessárias à concretização da tutela do completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo. Bem como, do direito transindividual, que cinge à tutela da saúde as noções pluralizadas de segurança, paz, conforto, integridade física e mental, meio ambiente equilibrado e desenvolvimento (humano e econômico-sustentável), conjugando a noção de saúde a ideia de bem-estar comunitário.

Nesse sentido, valendo-se das palavras de Sarlet e Figueiredo (2008, p. 199), pode-se concluir, portanto, que o “direito à saúde é direito de todos e de cada um”, podendo ser objeto de tutela jurisdicional individual ou coletiva, a depender do ocupante do polo passivo e o conteúdo da demanda.

Como destinatários do direito à saúde, seguindo a regra geral dos demais direitos fundamentais sociais, foram apontados o Estado e os particulares.

²¹ Nesse sentido, Thibau e Gazzola (2014, p. 659), *in verbis*: “no âmbito da compreensão do direito à saúde como um direito de natureza difusa e/ou coletiva de relevância pública, os Tribunais pátrios têm admitido a legitimidade do Ministério Público na propositura de ação civil pública em defesa da saúde, com produção de efeitos erga omnes, o que proporciona, sobretudo, a igualdade e universalidade no atendimento à saúde da população, de acordo com os ditames constitucionais”. Vê isso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em: STF, AI n. 452312/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 31.05.2004.

²² Para conferir outros exemplos, Thibau e Gazzola (2014, p. 665), *in verbis*: “não se olvide, por fim, a proteção consumerista aos direitos dos usuários de planos de saúde, no que tange à discussão coletiva acerca da limitação de tempo de internação hospitalar, à exclusão de cobertura de doenças preexistentes e de acidentes de trabalho, e de faixa etária. À luz do Código de Defesa do Consumidor e sob o prisma da tutela coletiva, diversas práticas contratuais abusivas presentes nos contratos de assistência privada à saúde têm sido condenadas pelo Poder Judiciário, o qual vem se mostrando, em muitos casos, a única alternativa dos cidadãos para o acesso ao direito fundamental à saúde. à variação de preços das mensalidades e aumentos por mudanças”.

Ao Estado, ou seja, aos Poderes do Estado de cada um dos entes federados e às instituições aí coligadas, empreender ações e serviços indispensáveis à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, bem como omitir-se quando for necessário à tutela do completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo ou da coletividade. Nesse sentido, lhes cabe efetivar as obrigações que decorrem dos deveres fundamentais relacionados à tutela direito à saúde, tais como: Abster-se perpetrar atos que violem a saúde do indivíduo ou da coletividade e organizar, fomentar e aprimorar a assistência integral à saúde promovendo acesso universal e gratuito às políticas públicas de saúde do SUS.

4.4 Responsabilidade dos entes federais e dos particulares

No tocante à responsabilidade estatal, em linha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a literatura ratifica as competências de cada um dos entes, mas dá ênfase a responsabilidade solidária entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 146), Sousa e Gomes (2019, p. 234-235) e Thibau e Gazzola (2014, p. 665), por exemplo, sublinham, com base na tese firmada no Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde” (STF, RE n. 855178/PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em: 05.03.2015), essa solidariedade oriunda do pacto federativo brasileiro e da eficácia irradiante do direito à saúde corolário da sua fundamentalidade.

No prisma da responsabilização privada, como base na eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, o entendimento corrente é que a efetivação do direito à saúde também compete às pessoas físicas e jurídicas de natureza privada. Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 130), por exemplo, apontam que o ente privado é responsável pelo estado de completo bem-estar físico mental e social próprio e de terceiros (em sentido individual e coletivo). É o caso, por exemplo, das obrigações do titular do poder familiar em relação à proteção à saúde do menor que se encontra sob sua esfera de responsabilidade²³; mas também dos encargos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor aos fornecedores relacionados à saúde, à vida e à segurança

²³ Nesse sentido, Ribeiro e Leal (2013, p. 234).

dos consumidores²⁴; bem como dos deveres imputados pessoas jurídicas de direito privado que operam na seara da saúde suplementar²⁵.

Em suma, saúde é objeto particular e também comunitário. Consequentemente, no tocante à titularidade, o direito à saúde é simultaneamente direito do(s) sujeito(s) e da coletividade, ou seja, há o direito à saúde do indivíduo e há também o direito à saúde da comunidade, sendo ambos oponíveis, em conjunto ou separadamente, diante do Estado ou dos particulares, a depender do caso concreto.

4.5 Efetividade

No que tange a efetividade, ponto mais sensível e problemático do direito à saúde, depreende-se, a partir do campo amostral analisado, que sua efetivação requer atenta e precisa meditação acerca das reais possibilidades prestacionais do SUS e a intolerável violação do direito à saúde, que, cinge-se não só a não promoção de dada política pública de saúde como também a prestação deficitária.

O mesmo é dizer que a efetivação do direito à saúde, à semelhança das demais prerrogativas fundamentais essencialmente prestacionais (como a educação, por exemplo), encontra-se entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Para sintetizar o entendimento literário, toma-se empréstimo de valiosa lição de Sarlet e Figueiredo (2007, p. 171), na qual os autores afirmam com louvável lucidez que a

premissa central da análise (...) é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes), seja pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. Em outras palavras e apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já

²⁴ Nesse sentido, Bussinguer e Salles (2018, p. 124-125).

²⁵ Nesse sentido, Thibau e Gazzola (2018, p. 124-125).

que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. Nesta linha de entendimento, além de significativa doutrina, também já se tem pronunciado a jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, encerra-se dissertação dos principais aspectos do direito à saúde no direito brasileiro contemporâneo, passa-se a conclusão do estudo.

CONCLUSÃO

Síntese conclusiva: o direito à saúde pública é um valor jurídico-objetivo, direito e dever fundamental, dotado de eficácia vinculante de caráter dirigente, irradiante e horizontal, que opera como paradigma de legitimidade da atuação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e dos particulares (pessoas físicas e jurídicas), impondo-lhes, na justa medida das responsabilidades legitimamente estabelecidas nas leis e na Constituição, obrigações positivas e negativas inescusáveis, imprescindíveis à integral efetivação do direito – fundamental – à saúde, tal como descrito na CRFB, tais como a organização, criação e implementação de órgãos públicos voltados à prestação de serviços de saúde, bem como fiscalizar os particulares no fiel cumprimento das regras sanitárias, na seara das relações privadas (interpessoais ou comerciais, por exemplo).

Portanto, hoje, após os primeiros trinta anos de existência do Sistema Único de Saúde, à luz da literatura contemporânea, aqui representada pelos ensaios selecionados e revisados conforme os critérios metodológicos adotados na pesquisa, é correto afirmar que o direito à saúde pública no Brasil é um direito público subjetivo que outorga aos seus titulares (que são, ora o sujeito individualmente considerado; ora a coletividade) a faculdade de exigir (na Justiça ou na Administração Pública) face o Poder Público e os entes privados prestações jurídicas positivas e negativas imprescindíveis à preservação e o reestabelecimento do estado de completo bem-estar físico mental e social.

REFERÊNCIAS

BADIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SALLES, Shayene Machado. SAÚDE NO CONTEXTO DA INTER-RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADO: um bem público, um bem de consumo ou um direito humano fundamental com vistas à universalidade?. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S.L.], v. 23, n. 2, p. 104, 29 ago. 2018

LEAL, R. G. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 25-40, jul./set. 2006.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira de. O DIREITO À SAÚDE E A VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 01-29, ago. 2007.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista de Direito Brasileira**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 77-99, 1 out. 2011

RAMOS, E.; DINIZ, I. O DIREITO À SAÚDE E A IDEIA DE PROTEÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOTAS INICIAIS. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 48, p. 159-184, 28 dez. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do Direito à Saúde**. – São Luís: EDUFMA, 2014.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. 2008.118f. Dissertação. Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre/Belo Horizonte, 2008.

SARLET, I.W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, n. 67, p. 125-162, 2007.

SCHWARTZ, G.; BORTOLOTTI, F.W. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p. 257-264, jan/mar, 2008.

SILVA, D.B; BAHIA, A.G.M.F.M. Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Ahead of print, Vol. 11, N. 4, 2020, p. 01-31.

Siqueira, M. P., & Bussinguer, E. C. de A. (2010). A saúde no Brasil enquanto direito de cidadania: uma dimensão da integralidade regulada. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, (8), 253-310, 2010.

SOUSA, Marcela Tavares de. Revisão integrativa: o que é e como fazer. **Einstein**, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 102-106, ago. 2010. Semestral.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Luciana de Paula Lima Gazzola. **A possibilidade de tutela coletiva do direito humano e fundamental à saúde no Estado Constitucional**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 65, p. 651-669, jul./dez. 2014.