

## O Direito Social à Saúde

**Autore:** Rodrigo Vitorino Souza Alves

**In:** Diritto civile e commerciale

### INTRODUÇÃO

Quando as revoluções burguesas derrubaram o Antigo Regime, ascendendo o Estado Gendarme, algumas liberdades básicas do homem, especialmente a autonomia da vontade, apareceram no Direito Europeu, no modelo econômico do Liberalismo. No modelo liberal, o Judiciário tão-somente retirava, da letra da lei, toda e qualquer aplicabilidade do direito, não cabendo, assim, ao juiz, uma formulação legal, apenas uma interpretação da lei conforme seus ditames.

Sobre esse desinteresse pela jurisprudência, valorizando, excessivamente, a legislação, o exímio hermeneuta Chaïm Perelman ponderou que “para construir este instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambiguidade. Em um sistema axiomático formalizado, esta última exigência é sempre satisfeita, pois a linguagem artificial, elaborada em lógica formal ou aritmética, exige a univocidade dos signos assim como as regras em seu manejo. Se o sistema é completo, deveríamos ter condições de demonstrar cada proposição formulada na linguagem ou de demonstrar sua negação. Se o sistema é coerente, deveria ser impossível demonstrar dentro dele uma proposição e sua negação”<sup>3</sup>.

Dessa forma, com base nas ponderações de Perelman, infere-se que esse positivismo exacerbado do Estado burguês – que, por sinal, foi, claramente, implantado visando justamente à submissão das classes inferiores à nova classe dominante, não mudando muito para as classes mais baixas com relação ao que era no Antigo Regime – jamais poderia ter funcionado de uma maneira perfeitamente harmoniosa.

Assim, tendo em vista que era a burguesia a classe dominante, o ordenamento jurídico não se preocupava muito com o povo ou com quaisquer direitos sociais – termo esse que nem existia à época – e a autonomia da vontade era o principal princípio que regia os ordenamentos jurídicos europeus durante o Liberalismo. A partir do momento em que a burguesia toma o controle da sociedade, ela deixa de se interessar pelos princípios que regiam sua revolução, preocupando-se, tão-somente, com os seus interesses<sup>4</sup>.

A ascensão da burguesia ao poder constituiu uma vitória do liberalismo, não da democracia, como se quis fazer acreditar, muito embora um princípio contradiga o outro. “A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e mediante sua vinculação construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático”<sup>5</sup>.

Além disso, é importante lembrar que “para esse resultado negativo muito contribuiu o racionalismo abstrato dos grandes líderes revolucionários de 1789. Muitos deles estavam, sinceramente, mais preocupados em defender a pureza das idéias do que a dignidade concreta da pessoa humana”<sup>6</sup>.

O ínclito publicista, professor de Goettingen, Gehard Leibholz, estabelece alguns argumentos no sentido de que liberalismo e democracia são imiscíveis: “A possibilidade de se dissociar a democracia do liberalismo se cinge, em última análise, à distinção dos valores fundamentais sobre os quais se baseiam. O valor essencial que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade [...]. A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se, com particular relevo, no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado”<sup>7</sup>.

Por isso, a liberdade defendida pelo Liberalismo, para os pobres, era, tão-somente, uma “liberdade de morrer de fome”<sup>8</sup>. Dessa forma, com o tempo, tornou-se cabal a necessidade da consagração de direitos que atendessem a toda a sociedade e de um Estado que buscasse intervir no mercado, derrubando o laissez-faire e consagrando o Welfare State, que tem o intervencionismo estatal como característica mais

marcante. Aqui, a dignidade da pessoa humana começa a ter, para a Lei, uma importância maior do que a autonomia da vontade e os direitos sociais começam a aparecer e se expandir.

Nesse contexto, surge, na ciência do Direito, a figura de Léon Duguit, cuja filosofia indica que o direito deve ser fundado na solidariedade social. “Toda sociedade implica uma solidariedade; toda regra de conduta dos homens que vivem em sociedade leva a cooperar nessa solidariedade [...]. Mas, ao mesmo tempo, as formas que revestem e que de fato revestiram a solidariedade por similitude e por divisão de trabalho podem variar, variaram e variarão até o infinito. A regra de direito, na sua aplicação, variou e variará como as próprias formas da solidariedade social [...] e o papel do jurista consiste em determinar qual a regra de direito que se adapta exatamente à estrutura de certa sociedade [...]. Fundando-se o direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo, com efeito, obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta disso, necessariamente, que tem ele o direito de praticar todos aqueles atos pelos quais coopera na solidariedade social e de impedir que, seja quem for, obste à realização do papel social que lhe incumbe [...]. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito que se impõe aos homens em sociedade. É, pelo contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar um certo papel social, que cada homem goza de direitos”<sup>9</sup>.

Dessa forma, paulatinamente, abandona-se o mote liberal de igualar absolutamente tanto pessoas como fatos jurídicos entre si, julgando todos os casos concretos de modo geral e abstrato como se fossem idênticos, aparecendo, no lugar dele, a tendência a conceder um caráter mais interventivo estatal à alteridade.

Assim, surgem os direitos sociais, que são aqueles imprescindíveis para a fruição de uma vida digna pelo homem e que devem ser providos pelo Estado. São exemplos de direitos sociais a saúde, a educação, a segurança, dentre muitos outros. Devido à sua importância é que esses direitos exigem, do Estado, intervenção na ordem social.

A proposta deste artigo é discutir, nesse sentido, até que ponto o Estado é forçado a realizar o direito social à saúde, concedendo, à população, medicamentos e tratamentos de saúde onerosos.

## **SOCIEDADE, ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para que se chegue a uma conclusão sobre a obrigação – ou não – que o Estado tem de prover tratamentos de saúde muito onerosos aos cidadãos que deles careçam, faz-se necessário compreender a relação entre sociedade e Estado, e o papel dos direitos fundamentais. Tomando-se como ponto de partida o problema conceitual da sociedade, verifica-se a existência de, pelo menos, duas correntes interpretativas, conhecidas como organicismo e mecanicismo.

A primeira é a interpretação organicista, pela qual se considera a sociedade como um corpo dotado de órgãos a desempenhar cada qual sua função específica em prol de todos. Seu nascedouro se encontra na República, de Platão, mais precisamente no Livro V, no diálogo entre Glauco e Sócrates sobre a organização da comunidade. Neste, Sócrates relembra de modo sintético o fechamento de debate anterior, dizendo que “essa comunhão de interesses representava o maior bem para a cidade, quando comparávamos uma cidade sabiamente organizada ao corpo, na forma como este se comporta em relação a uma de suas partes, no que concerne ao prazer e a dor”<sup>10</sup>. Nesse sentido, a comunhão de interesses e a organização são essenciais à sociedade, de maneira que seus membros devem viver e atuar em solidariedade, visando estabelecer entidade nova e superior, como os órgãos em relação ao corpo humano. Pode-se mencionar como expoentes dessa corrente Aristóteles, São Tomás de Aquino, Augusto Comte, Friedrich Carl von Savigny, Oreste Ranelletti e Giorgio Del Vecchio.

A segunda, conhecida como mecanicista, define que a sociedade é um grupo derivado de um ajuste de vontades formalizado por seus próprios membros, dotados de autonomia e liberdade, para satisfação de seus próprios interesses. Diferente do desenvolvimento natural da sociedade propugnado por Aristóteles

na Política, segundo o qual a sociedade é um criação da natureza, a partir do instinto social implantando nos indivíduos - “Mas aquele que for incapaz de viver em sociedade, ou que não tiver necessidade disso por ser autosuficiente, será uma besta ou um deus”<sup>11</sup> -, teorias mecanicistas, como aquelas elaboradas pelos contratualistas em geral, a partir de Hobbes, defendem um surgimento pontual da sociedade, ocorrido no momento em que os indivíduos se entrelaçam em vínculo associativo embebidos do mesmo interesse, e para o atingirem, passam a conjugar esforços. Exemplo da corrente é a doutrina esboçada por John Locke em seu clássico Segundo Tratado sobre o Governo Civil, onde, embora advogue a existência de uma inclinação dada por Deus para a vida em sociedade, considera que é por meio do “contrato social” que os indivíduos transferem às pessoas autorizadas na sociedade política a parcela necessária de liberdades e direitos - embora deles não abdicuem - para assegurar a vida social no interesse de todos<sup>12</sup>.

Se, de um lado, critica-se a teoria organicista por esta possibilitar posições antidemocráticas e autoritárias - Aristóteles afirmou que “o Estado tem, por natureza, mais importância do que a família e o indivíduo, uma vez que o conjunto é necessariamente mais importante que as partes”<sup>13</sup> e Platão, como é cediço, via a democracia como uma forma degenerada de governo, pois este estaria nas mãos de pessoas sem conhecimento -, de outro, as ideias mecanicistas favorecem o individualismo (o Liberalismo nasce com Locke) e prejudicam a concepção da busca pelo bem comum.

Por essa razão se persegue uma visão eclética de sociedade, em que os interesses particulares e coletivos estão balanceados, de modo a considerar a necessidade natural do homem para a vida social associada à participação da consciência e da vontade humanas na criação do vínculo, não sendo possível considerar o homem como um ser isolado, mas sempre, necessariamente, como o homem social<sup>14</sup>.

São três os elementos caracterizadores de um agrupamento humano como sociedade: uma finalidade ou valor social, manifestações de conjunto ordenadas e o poder social<sup>15</sup>. O primeiro elemento tem por conteúdo o bem comum, e consiste na busca pelo agrupamento humanos das condições que permitam a cada homem e grupo naquele inseridos a consecução de seus respectivos fins particulares. O segundo é

verificado na existência de ações conjuntas reiteradas, as quais são ordenadas e harmonizadas com o todo (são criadas normas sociais), sendo ainda adequadas às exigências da finalidade social. O último elemento caracterizador de uma sociedade é o poder social, que embora seja bastante debatido, pode-se compreendê-lo como um fenômeno social bilateral, em que uma das vontades predomina, cuja dominação pode ser legitimada pelo consentimento dos que a ele se submetem, e que pode ser objetivado (no direito), desaparecendo a característica de poder pessoal.

Dada a grande variedade de sociedades existentes, pode-se precisar uma delas como sendo a sociedade política, aquela que visa a criar condições para a consecução de fins particulares de seus membros, considerando a totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum. Entre as formas de manifestação das sociedades políticas encontra-se o Estado, definido como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”<sup>16</sup>.

Observa-se, portanto, um processo de estatalização da sociedade, sendo o Estado uma sociedade política global, abrangente dos agrupamentos menores, caracterizado sobre eles exercendo o controle formal por meio de sanções, o qual, extremando-se, serve-se da aplicação do direito penal para a repressão de condutas desviantes da finalidade social (nos termos de uma teoria funcionalista).

Apesar desse processo, permanece a contraposição identificada por Bobbio<sup>17</sup> entre sociedade civil e Estado, percebida na rejeição tanto de um Estado sem sociedade (isto é, que absorve plenamente a sociedade, tornando-se totalitário) e de uma sociedade sem Estado (em que a organização político-jurídica é extinguida). Essa dupla rejeição é também representada na figura do cidadão, que ao mesmo tempo é participante e protegido: através de sua participação ativa exige maior proteção do Estado e ao exigir maior proteção reforça aquele mesmo Estado. Nesse sentido, sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, distintos, mas interdependentes, separados, mas contíguos.

Em seu desenvolvimento histórico, a instituição estatal se desenvolveu, adquirindo feições adequadas a cada momento histórico, as quais podem ser cumulativas. A primeira delas é a sua democratização.

Constant<sup>18</sup>, ao diferenciar a liberdade proclamada pelos pensadores iluministas daquela apregoada pelos gregos, observa que, politicamente, a liberdade consiste em exercer de modo coletivo e direto a soberania: os antigos deliberavam em praça pública sobre guerra e paz, concluíam com os estrangeiros tratados de aliança, votavam as leis ou pronunciavam julgamentos. Por isso se fala em cidadania como participação política, de maneira que os indivíduos que se associam no Estado são livres, pois criam as próprias leis, mas também sujeitos, pois a elas deverão se submeter. Na linguagem rousseauiana: “quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de povo e se chamam, em particular, cidadãos, enquanto partícipes da autoridade soberana, e súditos enquanto submetidos às leis do Estado”<sup>19</sup>. O regime democrático, contraposto a todas as formas de governo autocrático, e previsto como princípio fundamental na Constituição pátria, caracteriza-se por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabeleçam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais procedimentos dão a elas legitimidade<sup>20</sup>.

Fala-se também, como segunda característica do Estado, da objetivação do poder, criadora do Estado de Direito ou ainda, do Estado Constitucional de Direito. Neste, impera a Constituição, como expressão máxima da soberania popular através do Poder Constituinte Originário, e a lei (em sentido amplo), e não a vontade de um governante, o que se assegura por meio da separação de poderes. Como decorrência normativa, tem-se o princípio da legalidade, que impõe ao administrador público o dever de obediência, tornando seus atos vinculados aos termos da previsão, ainda que esta possibilite margem discricionária, e o princípio da constitucionalidade, que eleva a Constituição à posição máxima no sistema jurídico, promovendo sua unidade e ordenação. A respeito do papel da Constituição no Estado, ensina Barroso que a Constituição é responsável pela criação ou reconstrução do Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de fins e valores públicos, bem como direitos fundamentais, disciplinando, assim, o modo de produção e os limites de conteúdo das normas a integrar a ordem jurídica que ela institui<sup>21</sup>.

As três figuras, democracia, legalidade e constitucionalidade, fundem-se, de modo a ser erigido o moderno Estado Democrático Constitucional de Direito. Aspira-se, através de sua instituição, que a finalidade social, consistente no bem comum ou na dignidade da pessoa humana, seja promovida. Esta pode ser considerada como a qualidade que distingue o ser humano dos demais animais, fazendo que ele mereça o

mesmo respeito e consideração pelo Estado e pela comunidade, implicando, assim, num complexo de direitos e deveres fundamentais para proteger a pessoa contra todo ato desumano, bem como garantir-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, propiciando e promovendo sua autonomia da vontade, tanto para si próprio, como em comunhão com os outros homens<sup>22</sup>.

Como recurso estratégico, são positivadas normas que definem direitos fundamentais. Sobre isso, Barroso<sup>23</sup> assevera que o Estado constitucional de direito gira em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A primeira é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, identificada, frequentemente, como o núcleo essencial desses direitos, que incluem a liberdade, consistente na autonomia da vontade, que faculta a cada um eleger seus projetos existenciais, a igualdade, que se trata do direito de ser tratado com a mesma dignidade que os outros, não cabendo discriminações arbitrárias, ou exclusões evitáveis e o mínimo existencial, que são as condições elementares de educação, saúde e renda para que, em uma determinada sociedade, se tenha acesso aos valores civilizatórios e à participação esclarecida no processo político e no debate público. Os direitos fundamentais devem ser realizados na maior extensão possível pelos três Poderes.

Nessa mesma esteira, José Joaquim Calmon de Passos organiza uma lista de pressupostos para a configuração de um Estado Democrático de Direito, quais sejam: a necessidade de uma limitação do poder político frente ao indivíduo, tanto em sua singularidade, como associado; efetivo controle do exercício do poder político, de onde parte a exigência da divisão dos poderes e implementação de controles sociais sobre os governantes; a par disso, limitações à atuação do poder econômico, para se proteger a pessoa humana do risco de coisificação e instrumentalização pelo processo econômico no capitalismo<sup>24</sup>.

Dessa forma, cumpre ao Estado, como sociedade política global que exerce controle social formal através do direito, a função de promover a dignidade da pessoa humana, assegurando-se o bem comum. Discute-se, nesse contexto, o conteúdo a ser consagrado pelas normas de direitos fundamentais, concluindo-se pela inclusão de mais um adjetivo, tornando-se Estado social. Neste, cuja característica mais marcante é a utilização de meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, o dever



estatal de garantir a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos precisa ser revestido de caráter jurídico<sup>25</sup>, a que se dá o nome de direitos sociais.

O reconhecimento do papel do Estado de promover direitos sociais contribui também para a legitimação do Estado. Sob tal prisma, propõe Bovero<sup>26</sup> que a prestação pelo Estado de direitos sociais é essencial para haja verdadeira democracia. Isso porque, caso não haja a realização de direitos sociais, os quais foram reivindicados pelos movimentos socialistas, as liberdades individuais ficam vazias, os direitos fundamentais de liberdade se transformam de fato em privilégios para poucos. Embora Bovero entenda que a democracia não possa ser adjetivada como liberal ou socialista, ela tem como sua precondição elementos das duas tradições, a saber, as quatro liberdades fundamentais (pessoal, expressão, reunião e associação) e os direitos sociais mínimos (satisfação das necessidades primárias essenciais). Sem estes elementos ela se torna apenas democracia aparente, isto é, o processo democrático de participação nas decisões políticas não pode se desenvolver corretamente. Daí porque os direitos sociais devem ser considerados também como direitos fundamentais a serem promovidos pelo Estado.

## **DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição dispõe acerca dos direitos fundamentais, valores e fins públicos que o ordenamento jurídico acata e, dessa forma, os direitos fundamentais possuem tutela constitucional. No caso brasileiro, lhes é ainda atribuída aplicabilidade direta e imediata.

Historicamente, a expressão “direitos fundamentais” foi utilizada nos debates que antecederam a Revolução Francesa – *droits fondamentaux* –, por volta de 1770, alcançando, logo após, um relevo especial na doutrina alemã, sob a designação *Grundrecht*, em que se articulou como sistema de relações entre Estado e indivíduos, enquanto fundamento da ordem político-jurídica. Atualmente, entende-se que “os

direitos fundamentais consistem nos direitos do homem, jurídico-constitucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo”<sup>27</sup>.

Quanto ao surgimento histórico dos direitos fundamentais, menciona-se a teoria das gerações de direitos. Propõem seus defensores que os direitos humanos fundamentais são direitos históricos, reivindicados e positivados em função das necessidades de seu contexto.

Bobbio<sup>28</sup> entende que os direitos humanos fundamentais foram afirmados, em um primeiro momento, como direitos de liberdade, tendo Locke como o seu “campeão”. Estes direitos são aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo ou para grupos particulares uma esfera de liberdade em relação ao Estado. Num segundo momento, foram proclamados os direitos políticos, que concebem a liberdade não apenas negativamente, mas positivamente, tendo como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros da comunidade no poder político (liberdade no Estado). São os direitos de primeira geração. Constituindo uma expressão do amadurecimento de novas exigências, a exemplo do bem-estar e da igualdade material, são defendidos os direitos econômicos, sociais e culturais (liberdade através ou por meio do Estado), denominados como direitos de segunda geração. Entre eles menciona-se a proteção do trabalho, a instrução básica, e a assistência ao inválido e ao idoso. Ainda conforme o ensino do jurista italiano, ao lado destes direitos emergiram os direitos de terceira geração, relacionados aos problemas ecológicos (isto é, o direito de viver num ambiente não poluído), e os de quarta geração, referentes aos efeitos da pesquisa biológica.

Nesse diapasão, os direitos sociais são erigidos historicamente como direitos fundamentais, para a promoção do mínimo existencial, resguardando os indivíduos frente ao poder econômico. Contudo, o homem continuou à mercê do poder econômico, de forma a se notabilizar que os sujeitos continuavam coagidos pela antiga dominação que se pretendia eliminar, agora com novos figurantes. Dessa verificação e para que a ameaça fosse superada, surgiram os direitos sociais<sup>29</sup>.

Esses direitos se expandiram<sup>30</sup>, primeiramente, na Constituição mexicana de 1917 e, posteriormente, na Constituição de Weimar, em 1919, de uma forma muito mais abrangente e sistemática do que naquela, aparecendo, também, no Tratado de Versalhes, de 1919, que, de certa forma, orientou a confecção da Constituição de Weimar e, também, da Constituição brasileira de 1934.

No Brasil, os direitos sociais aparecem no Capítulo II do Título II da CF/88, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, os direitos sociais estão, no Brasil, no patamar de direitos fundamentais, formalmente e materialmente, sendo dever do Estado sua proteção e promoção. A esse respeito:

Se a proteção dos direitos sociais exige ações estatais, ações são a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?”. A proteção de direitos, nesse âmbito é a realização desses direitos. Por isso, as ações sociais que fomentem a realização de um direito social compõem o âmbito de proteção desse direito<sup>31</sup>.

Embora seja inegável a fundamentalidade dos direitos sociais, discute-se a medida de sua eficácia e a efetividade devida. No curso histórico, as constituições, a princípio, tiveram sua eficácia duvidosa, com baixa normatividade, devido à sua própria natureza de direitos que exigem que o Estado realize certas prestações materiais, que nem sempre são resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos<sup>32</sup>.

O problema merece maior aprofundamento, especialmente quando se trata de questões relativas à concessão de tratamentos de saúde caros por parte do Estado à população e da possibilidade de determinação judicial da prestação.

## O CARÁTER PRESTACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DOS GASTOS

A grande crítica contra a possibilidade de se demandar direitos sociais judicialmente é que sua natureza não é a mesma dos direitos civis e políticos. No entanto, alguns argumentos<sup>33</sup> podem ser apresentados em desfavor desse posicionamento.

Primeiramente, os direitos civis e políticos estão estruturados em um complexo de obrigações estatais, tanto positivas como negativas, posto que o Estado, de um lado, deve deixar de atuar em certos âmbitos, mas de outro, deve realizar uma série de funções, as quais são dispendiosas, a fim de garantir o gozo da autonomia individual e impedir que ela seja prejudicada por outrem. No entanto, devido à coincidência histórica dessas funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, os direitos civis e políticos têm sua caracterização tendente a tomar essa atividade estatal por normal, enfatizando seus limites de atuação. Dessa forma, direitos civis e políticos seriam providos por obrigações estatais e, portanto, demandáveis junto à Justiça.

Ao analisar os direitos econômicos, sociais e culturais, pode-se afirmar que é possível o reconhecimento de que a faceta mais visível desses direitos se dá com as obrigações de fazer, de forma que, às vezes, esses direitos são denominados “direitos-prestação”. No entanto, quando se observa a estrutura desses direitos, é facilmente perceptível que obrigações de não fazer coexistem com essas obrigações de fazer, como, por exemplo, o direito à saúde, que compreende a obrigação que o Estado tem de não prejudicar a saúde. Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais são, assim como os civis e políticos, oriundos de obrigações estatais, tanto de fazer como de não fazer, ao contrário do que parte da doutrina prega.

Em terceiro lugar, defende-se que a concepção teórica dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais – inclusive sua regulamentação jurídica – tem variado de tal forma que alguns direitos outrora considerados como direitos civis e políticos têm adquirido um indiscutível caráter social. Sobre isso, menciona-se o exemplo da perda do caráter absoluto do direito de propriedade com base no interesse público. Dessa

maneira, tem-se que, paulatinamente, os direitos civis e os direitos sociais têm tido os mesmos fins, quase que se confundindo nos mesmos direitos.

Finalmente, é possível concluir que a diferenciação contundente entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais desvanece quando se busca identificar suas violações em casos concretos, posto que, geralmente, o interesse tutelado por um direito civil tende a cobrir, também, o interesse tutelado pela definição de um direito social.

## **DO DIREITO À VIDA, À EXISTÊNCIA DIGNA E À INTEGRIDADE FÍSICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE**

A vida, por ser condição existencial, poder ser considerada como o bem jurídico mais importante no sistema jurídico. Essa é a direção assumida pelo poder constituinte e pelo legislador ordinário no Brasil, ao prever esse direito com dotado de fundamentalidade formal na Carta Magna e ao tutelá-lo com o braço mais violento do Estado, o direito penal.

Por certo, no texto constitucional (art. 5º, caput), vida não será considerada apenas no seu sentido biológico, como atividade funcional própria da matéria orgânica, mas em seu significado biográfico mais compreensivo. Trata-se de uma noção dinâmica e rica, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade, de maneira que o processo vital se inicia com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte, de maneira que tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. Defende ainda que desta decorre o direito à existência, o qual consiste no direito de permanecer vivo, de lutar pelo viver, de defesa da própria vida, de estar vivo. Trata-se do direito de não ter o processo vital obstado senão pela morte espontânea e inevitável<sup>34</sup>.

Para a concretização do direito à vida e à existência, é imprescindível que seja assegurado também o respeito à integridade física. Esse bem pode ser considerado como um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos, e segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida. A integridade física, nesse sentido, é pressupondo da existência, acrescenta-lhe alguma coisa que é, precisamente, a incolumidade física<sup>35</sup>. Nota-se, portanto, que para garantir o direito à vida, é imprescindível que os direitos à existência e à integridade física sejam igualmente assegurados.

É no mesmo sentido que se torna imperioso assegurar o direito prestacional à saúde. Juntamente com os anteriores, este compõe o chamado “mínimo existencial”. Historicamente, na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi Otto Bachof, diante da ausência de previsão expressa no texto da Lei Fundamental da Alemanha de 1949. Considerou Bachof que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, por meio da garantia de recursos materiais para uma existência digna. Um ano depois, em 1954, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu o direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, e cerca de duas décadas depois, o Tribunal Constitucional Federal consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Na doutrina alemã contemporânea (especialmente em H. F. Zacher), entende-se que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações<sup>36</sup>.

Assim, o direito à vida (do qual a saúde, que diz respeito tanto à vida, quanto à existência e à integridade física, faz parte) aparece no mínimo existencial de um cidadão. Questões relativas à saúde dizem respeito, geralmente, ao conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível. “O mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”<sup>37</sup>. No entanto, nada se diz na CF/88 acerca desse suposto princípio chamado “reserva do possível”.

Dessa forma, entende-se que o direito à saúde é um direito da personalidade na forma de integridade física ou mental, posto que é reconhecido como direito social, conforme o art. 6º da Constituição, o que demonstra perfeitamente sua vocação, não apenas de tutela do corpo ou da mente de um único indivíduo, mas também pelos traços da transindividualidade (saúde pública)<sup>38</sup>.

Reza o mencionado art. 6º da CF/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (EC nº 26/2000)” (destaque nosso). No mesmo sentido, diz o 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” (destaque nosso). É interessante, também, citar o caput do art. 5º de nossa Carta Magna: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (destaque nosso).

Assim, é por isso que, devido ao princípio de que o igual direito à vida de todos os seres humanos, em casos de doença, todos têm direito a um tratamento condigno conforme o atual estado da ciência médica, não importando sua situação econômica, ou sua consignação em normas constitucionais não terá muito valor<sup>39</sup>.

Dessa forma, é obrigação estatal dar o melhor tratamento de saúde possível com o que há de mais moderno na medicina para todos os cidadãos, independentemente de sua situação econômica, ou seja, por mais que um cidadão possa pagar um tratamento de saúde caro, ele tem o direito de reclamar - e ser atendido - que o Estado se preste a oferecer-lho.

Além disso, se faz mister afirmar que não é só no Brasil que o direito à saúde se encontra inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo que acredita-se que foi na Itália que apareceu a primeira Constituição que reconheceu a saúde como um direito fundamental do indivíduo, bem como um interesse

da coletividade, consoante seu art. 32. Posteriormente, a Constituição de Portugal lhe deu, em seu art. 64, uma formulação universal mais precisa. Também a Constituição espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100) relacionam a saúde com a seguridade social, reconhecendo-a como direito fundamental e interesse da coletividade<sup>40</sup>.

A evolução histórica conduziu à concepção da CF/88, que declara, em seus arts. 196 e 197, que 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 e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública. Nossa Constituição submete a saúde ao conceito de seguridade social, cujas ações e meios são também destinados a assegurá-lo e torná-lo eficaz<sup>41</sup>.

Há duas vertentes que a aplicação do direito à saúde comporta: uma é o direito de se exigir que o Estado ou um terceiro se abstenha de qualquer ato prejudicial à saúde (natureza negativa) e outra que consiste no direito às medidas e prestações estatais que visem a prevenir doenças, bem como trata-las (natureza positiva)<sup>42</sup>.

Igualmente importante ressaltar que os artigos da CF/88 que tangem à saúde dizem respeito a um direito positivo “que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”<sup>43</sup>.

Isso obriga que o Estado provenha a saúde de todas as formas possíveis, o que leva a um direito subjetivo com conteúdo duplo. De um lado, quando o Estado não cumpre suas tarefas para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, §2º) e, de outro, caso não seja atendida in concreto, por falta de leis regulamentares, pode-se impetrar um mandado de injunção (art. 5º, LXXI)<sup>44</sup>.



Ainda quanto a isso, é interessante assinalar que usar o direito à vida para proteger aqueles interesses que são amparados por direitos sociais é outra estratégia para se proteger, indiretamente, os direitos econômicos, sociais e culturais, adotada domesticamente, embora pudesse ser igualmente aplicada aos mecanismos de proteção internacional de direitos humanos. Na Europa, o direito à vida vem sendo usado como uma maneira de proteger interesses vinculados ao direito à saúde, bem como de exigir que o Estado cumpra obrigações positivas de prestação<sup>45</sup>.

Se o Estado não cumprir as tarefas que lhe foram designadas quanto a esses direitos que levam a obrigações estatais de prestar determinados auxílios, ele está cometendo um grande erro. “Se o Governo infringir um direito moral [...], terá cometido um erro contra o indivíduo”<sup>46</sup>, que - espera-se - paga seus impostos e cumpre com todas as suas obrigações morais.

## **DO DIREITO DE CLAMAR POR DIREITOS SOCIAIS JUNTO AO JUDICIÁRIO**

Na democracia brasileira, o povo exerce seu poder por meio de representantes políticos, que devem respeitar os direitos fundamentais. “Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir”<sup>47</sup>. O que mais suscita rebeldia no ser humano, mobilizando-o para o confronto, é a frustração decorrente da insatisfação das necessidades mais urgentes. Quanto mais primordial é uma necessidade humana, maior a tensão decorrente disso e igualmente maior a mobilização para satisfazê-la<sup>48</sup>.

Abramovich afirma que não são poucas as possibilidades de se aplicar esses direitos judicialmente, posto que cada forma de obrigação possui várias possibilidades de ações, desde uma denúncia de descumprimento de obrigações negativas, até a exigência do cumprimento de obrigações positivas,

passando pelas várias formas de controle do descumprimento de obrigações negativas<sup>49</sup>.

Assim, pode o sujeito ingressar com uma ação junto ao Judiciário clamando por esse direito que a própria Constituição lhe confere de que o Estado lhe provenha tratamentos de saúde que venham a ser necessários para a manutenção de sua vida, pois o povo pode exigir que o governo, se não conseguir chegar a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, pelo menos, o tente. O povo pode exigir que os direitos sejam levados a sério, que o governo siga uma teoria condizente com a natureza desses direitos, agindo de uma forma que condiga com suas próprias convicções<sup>50</sup> e, se as normas constitucionais ou infraconstitucionais determinam pautas das quais dependa a vigência de direitos econômicos, sociais e culturais para o planejamento de políticas públicas, e os outros poderes não adotarem nenhuma medida, deve o Judiciário repreender essa omissão, reenviando a questão para que se elabore alguma medida<sup>51</sup>.

Dessa maneira, ingressa-se na Justiça para pedir que o Estado seja compelido a realizar suas prestações para com o indivíduo, onde o Mandado de Segurança é largamente utilizado. A expressão “Mandado de Segurança” é do sistema jurídico brasileiro, mas há outros ordenamentos que agasalham medidas análogas com outras denominações. Esse elemento é usado para a proteção do indivíduo contra atos ilegais do Estado a direitos diferentes da liberdade de locomoção<sup>52</sup>.

No caso, o direito que está sofrendo ato ilegal dos poderes públicos (não cumprimento das prestações estatais) é o importante direito fundamental à vida e, por isso, entra-se com o mandado de segurança, geralmente já com um pedido de liminar, para que o magistrado obrigue o Estado a cumprir tais prestações antes mesmo do encerramento do processo, mesmo porque, com todos os recursos, espera-se que esse tipo de processo seja muito moroso.

Os tribunais domésticos latino-americanos exemplificam algumas vias que exploraram, com sucesso, para cumprir a função de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais. Dentre outros casos relevantes, os juízes obrigaram o Estado a fornecer medicamentos a todos os portadores do vírus HIV no país;

fabricar uma vacina e distribuí-la a toda a população afetada por uma doença endêmica; criar hospitais pediátricos com maternidades para um grupo social marginalizado; dar água potável a uma comunidade indígena; dentre outros exemplos<sup>53</sup>.

Dessa forma, se os demais poderes se mantivessem passivos frente à vulnerabilidade de um direito social, o tribunal verificaria a existência de uma medida pública que se adequaria bem a ele – se não houvesse alternativas para satisfazer esse direito – e ordenaria sua execução. Por exemplo, no caso Beviacqua, a preservação da saúde e, conseqüentemente, da vida de um menino com uma patologia gravíssima na medula requeria que fosse tratado com um medicamento cujo valor exercia a capacidade aquisitiva de seus pais. Nesse caso, o Poder Judiciário assumiu a escolha da medida a ser adotada<sup>54</sup>.

Contudo, há problemas referentes à atuação do Judiciário no sentido de prover medicamentos à população. Luís Roberto Barroso apresenta dois problemas: primeiramente, a proliferação de decisões judiciais extravagantes ou emocionais, condenando a administração a custear tratamentos que não são razoáveis – devido à sua inacessibilidade ou ao fato de serem prescindíveis –, além de medicamentos de eficácia incomprovada, ou mesmo experimentais, que se associam a terapias meramente alternativas; o outro problema é a ausência de um critério incontestado para se aferir qual é o ente estatal que deve ser responsabilizado pela entrega de cada forma de remédio<sup>55</sup>.

Esses dois obstáculos, segundo o autor, “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”<sup>56</sup>.

Ademais, como, na nossa Constituição, o direito social à saúde, presente no art. 6º, está no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ele é um direito fundamental, mesmo porque, conforme concluído alhures, é uma extensão do direito fundamental à vida.

Um direito fundamental é exigível, inclusive na Justiça, a partir do momento em que a Constituição o define como tal. Em algumas situações, um desses direitos pode precisar ser ponderado com outros da mesma categoria ou princípios constitucionais, sendo, entretanto, aplicado, necessariamente, na maior extensão possível, considerando-se os limites de fato e de direito, preservando seu núcleo essencial. A Justiça intervirá sempre que um direito fundamental - ou mesmo infraconstitucional - for descumprido, principalmente em situações que vulnerem o mínimo existencial de um cidadão<sup>57</sup>.

Não obstante o povo tenha essa faculdade de clamar por medicamentos e tratamentos de saúde junto ao Judiciário, qual ente da Federação seria o Requerido da ação: os Municípios, os Estados (junto ao Distrito Federal) ou a União? A Constituição não dispõe sobre a competência para prover medicamentos.

No entanto, segundo o constitucionalista alemão Konrad Hesse, a interpretação constitucional é “concretização” (Konkretisierung). Assim, tudo que não está claramente expressado como conteúdo da Constituição deve ser determinado com uma incorporação da realidade de cuja ordenação se trata. Assim, tem-se, para a interpretação constitucional, um caráter de criação: o conteúdo da norma interpretada só é completado pela sua interpretação. Contudo, esse caráter só existe em tese, posto que a interpretação está vinculada à norma.<sup>58</sup>

A política nacional de medicamentos é regulada pela portaria nº3. 916/98, do Ministério da Saúde. Com base nessa portaria, infere-se que os municípios devem prover remédios destinados a suprir necessidades básicas de saúde, sendo que os remédios excepcionais cabem à União e aos Estados (e Distrito Federal) suprir<sup>59</sup>. Os Estados (e Distrito Federal) e a União elaboram listas dos medicamentos que serão distribuídos gratuitamente à população.

Barroso<sup>60</sup> considera que as ações individuais no Judiciário não devem ser um meio de prover medicamentos que não estejam nas listas dos medicamentos que os Estados (e o Distrito Federal) e a União se comprometem a suprir. Isso porque, no seu entender, deve-se presumir que o Legislativo e o Executivo

fizeram as listas de medicamentos que os entes federativos fornecerão à população com base nas “necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis”, posto que as finanças do Estado devem ser dirigidas não apenas à saúde, mas a diversos outros âmbitos, inclusive para a fruição de outros direitos sociais.

Contudo, o fato de decisões judiciais que defiram a concessão de medicamentos que não constem nas listas a indivíduos que a pleiteiam não impedem que essas listas sejam judicialmente discutidas. A Justiça poderá rever a lista elaborada pelo ente da federação e, se verificar grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar que se inclua determinado medicamento<sup>61</sup>.

Barroso<sup>62</sup> diz, no entanto, que essas revisões feitas pelo Judiciário devem ser feitas tão-somente por meio de ações coletivas, dando três motivos para isso: primeiramente, segundo, ele, nas ações coletivas, são realizados exames aprofundados das políticas públicas, levando-os aos autos dos processos, melhorando o nível da discussão entre os legitimados para propor esse tipo de ação (como as associações e o Parquet) e as procuradorias dos entes da Federação; além disso, para o autor, o exame, na esfera coletiva, da alocação de recursos ou da definição de prioridades gerais leva a uma discussão prévia a qualquer embate entre a solução de casos concretos e o gerenciamento de recursos limitados para demandas ilimitadas, o que seria benéfico, até porque a Constituição estabelece valores mínimos a serem investidos em algumas áreas, de modo que as ações coletivas facilitam a distribuição desses recursos; por fim, o autor afirma que, pelo fato de ações coletivas levarem a decisões com efeito erga omnes, a igualdade e a universalidade no atendimento à população são preservadas.

Barroso também faz ressalvas quanto aos medicamentos cuja inclusão nas listas o Judiciário pode impor, quais sejam: os medicamentos devem ter eficácia comprovada; devem ser substâncias disponíveis no Brasil; devem ser os medicamentos de menor custo do gênero; deve ser indispensável para a manutenção da vida.

Concordamos em partes com a tese do ilustre jurista brasileiro, pois entendemos que ações individuais

por medicamentos e tratamentos onerosos são procedentes sempre que esses tratamentos forem indispensáveis à manutenção da vida do cidadão, mesmo porque, se o governo ou algum de seus ramos definiu um direito, ele deve ter a consciência do custo social de diferentes propostas, ajustando os pontos necessários. Quando se decide em que medida um direito será reconhecido, essa decisão deve ser integralmente aplicada<sup>63</sup>.

## **O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA DE 2009**

O direito à saúde é previsto como um direito social fundamental na Constituição de 1988. Ele está inserido entre os direitos previstos no artigo 6º, sendo ainda essencial à Ordem Social, considerado “direito de todos e dever do Estado” (artigo 196).

Com fundamento nestes dispositivos constitucionais, diversas petições chegam ao Judiciário brasileiro, buscando-se através delas obter o custeio de medicamentos e tratamentos pelo Estado. Dada a importância do tema e as implicações das decisões judiciais relativamente à Administração Pública e à Sociedade Civil, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, ocorreu a Audiência Pública sobre a Saúde, convocada pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Gilmar Mendes. O evento teve como objetivo esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas questões judiciais sobre a saúde.

Nas palavras do próprio ministro Gilmar Mendes<sup>64</sup>, a ocorrência da Audiência tornou ainda mais evidente que o problema da prestação de serviços de saúde pelo Estado envolve não apenas os operadores do direito, mas toda a sociedade civil. As diferentes perspectivas trazidas por advogados, defensores públicos, magistrados, professores, profissionais da saúde, gestores públicos, entre outros, contribuíram,

de um lado, para que aspectos da questão fossem melhor compreendidos, e de outro, para demonstrar que se trata de assunto cujo debate é necessário e urgente.

Após a realização da Audiência, tornou-se paradigmático o julgamento ocorrido em 17 de março de 2010 no Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que, por unanimidade e nos termos do voto do relator ministro-presidente Gilmar Mendes, foi decidido negar provimento aos recursos de agravo regimental interpostos contra decisões que determinaram ao Poder Público que fornecesse medicamentos (Suspensões de Tutela Antecipada n. 175 (União) e 278 (Alagoas); Suspensões de Segurança n. 2361 (Pernambuco), 2944 (Paraíba), 3355 (Rio Grande do Norte) e 3724 (Ceará); Suspensão de Liminar n. 47 (Pernambuco).

Fundamentando-se nos debates ocorridos no âmbito da audiência, o ministro Gilmar Mendes proferiu voto “de alta qualidade... que certamente vai ficar marcado neste Tribunal”, conforme se expressou o ministro Eros Grau em seu voto, ou ainda, um voto que “vai ficar como um divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”, segundo a manifestação do ministro Ayres Britto<sup>65</sup>.

A decisão que negou provimento aos mencionados recursos estabeleceu parâmetros para a solução judicial de casos concretos envolventes da prestação de serviços de saúde. Em seu voto, destacou o ministro Gilmar Mendes<sup>66</sup> que no Brasil, o problema talvez não seja de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde (judicialização), uma vez que, quase na totalidade dos casos, trata-se apenas de se determinar judicialmente o efetivo cumprimento de políticas públicas já previstas. Esse tornou-se o primeiro parâmetro.

Todavia, se a prestação de saúde requerida não estiver entre as políticas do Sistema Único de Saúde, é imperioso, primeiramente, identificar se a falta de prestação é decorrente de uma omissão legislativa ou da administração, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal. Nesse último

caso, por exemplo, é vedado o fornecimento de fármaco que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Em segundo lugar, deverá ser considerada a motivação para o não fornecimento, pois, se o custeio do tratamento não fornecido pelo SUS é negado em razão de haver uma opção equivalente no próprio sistema, a princípio, não caberia a intervenção do Judiciário (situação diferente é a que se relaciona à inexistência de tratamento na rede pública).

Nessa mesma esteira, tem-se diferentes julgados relativos ao problema da prestação de serviços de saúde, entre os quais destacam-se:

Para obtenção de medicamento pelo SUS, não basta ao paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se prescrição formulada por médico do Sistema (STA 334-AgR, Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 24-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010).

Para efeito de suspensão de antecipação de tutela, não constitui decisão genérica a que determina fornecimento de medicamentos a pacientes usuários do SUS, residentes nos Municípios da comarca ou da seção judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao SUS (STA 328-AgR, Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 24-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010).

O direito a 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 (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE



de 20-8-2010).

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional (RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJEde 17-6-2011).

A partir dessas considerações, observa-se a atuação do Poder Judiciário, no sentido de dar efetividade ao previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, ao reconhecer o direito fundamental à saúde e o dever imposto ao Estado de garantir, mediante políticas públicas, a redução do risco de doenças e outros agravos e o acesso universal aos programas e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde.

## **CONCLUSÃO**

Conforme dito alhures, são duas as principais teorias acerca da sociedade: a mecanicista e a organicista, sendo que a primeira defende que a sociedade possui um interesse comum, que é o bem de todos e a segunda, que os indivíduos que dela fazem parte atuam juntos em busca do estabelecimento de uma entidade superior - o Estado - que cuide do bonum commune. Assim, qualquer que seja a teoria adotada, sempre vai ser interesse social que o Estado proveja medicamentos e tratamentos de saúde onerosos aos cidadãos que deles necessitem.

O cidadão necessitado pode requerer que a administração pública proveja a saúde. Essa petição deverá ser procedida perante o órgão competente do Poder Executivo ou ao Judiciário, e este atenderá aos dispositivos constitucionais presentes no caput do art. 5º da CF/88, especialmente, no tocante à inviolabilidade do direito à vida, no art. 6º, especialmente no que diz respeito ao fato de ser a saúde um direito social e, principalmente, no art. 196, que dita que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, de forma que este se vê obrigado a provê-la de forma universal e o fornecimento desses tratamentos específicos, por mais onerosos que sejam, deve ser realizado de toda forma.

Pode-se afirmar que qualquer pessoa poderá requerer, por via judicial, qualquer tratamento de saúde, posto que a saúde é uma extensão do direito fundamental à vida, de forma que todo cidadão tem o direito de lutar por ela e o Estado se obrigou, pelo Poder Constituinte Originário, a provê-la.

Entende-se, assim, na esteira dos pronunciamentos do STF anteriormente transcritos, que qualquer cidadão pode requerer medicamentos de qualquer ente da federação, desde que comprove sua necessidade vital desses tratamentos de saúde. Dessa forma, foi louvável a decisão da nossa Corte Constitucional, não impedindo o acesso à saúde.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR - Revista internacional de direitos humanos**. Ano 2, n. 2, p. 188- 223, 2005. Disponível

em: <http://www.surjournal.org/index2.php> (acesso em 20/07/2012).

BALDASSARE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionali**. Torino: Giappichelli, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.bergfiles.com/i/bf3858f817h17i0> (acesso em 22/07/2012).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. reform. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

**A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

**Do Estado liberal ao Estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, Nº. 2. Porto Alegre: UFRGS/L&PM, 1985, p. 9-25.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. IN: **Temas fundamentais do direito constitucional**. trad. de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. **The Second Treatise of Civil Government** [1689]. Edição de Thomas Hollis, 1764. Versão eletrônica por The University of Adelaide Library. Disponível em <http://ebooks.adelaide.edu.au/l/locke/john/l81s/complete.html>. (acesso em 14/09/2011).

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no Código Civil**: uma perspectiva civil constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PLATÃO. **A República**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 137-175.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

1 Graduando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

2 Mestre em Direito Público. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

3 PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 35.

4 Bonavides, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 5.

5 Ibidem, p. 19.

6 COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132.

7 LEIBHOLZ, Gehard, apud BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 20-21.

8 VIERKANDT, Alfred, apud BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 31.

9 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 20.

10 PLATÃO. **A República**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999, p. 168.

11 ARISTÓTELES. **Política**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999, p. 147.

12 LOCKE, John. **The Second Treatise of Civil Government** [1689]. Edição de Thomas Hollis, 1764. Versão eletrônica por The University of Adelaide Library. Disponível em <http://ebooks.adelaide.edu.au/l/locke/john/l81s/complete.html>. (acesso em 14/09/2011), Capítulo VIII, §95.

13 ARISTÓTELES, op. cit., p. 146.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 30.

15 Idem, p. 31-57.

16 Idem, p. 122.



17 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 51-52.

18 CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. In: **Revista Filosofia Política**, nº2. Porto Alegre: UFRGS/L & PM, 1985, p. 9-25, p. 10-11.

19 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999, p. 71.

20 PASSOS, José Joaquim Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf)>. Acesso em: 25/07/2012.

21 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

23 BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 10.

24 PASSOS, José Joaquim Calmon de. op. cit., p. 10.

25 PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149-150.

26 BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 48.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 518.

28 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-33.

29 PASSOS, José Joaquim Calmon de. op. cit., p. 5.

30 Expansão, e não surgimento, haja vista que os direitos sociais já haviam sido previstos, por exemplo, na Declaração francesa de 1789 (“XXI - Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”; “XXII - A instrução é a necessidade de todos. A sociedade deve favorecer tom todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos”; e, “XXIII - A garantia social consiste na ação de todos, para garantir a cada um o gozo e a conservação dos seus direitos; esta garantia se baseia sobre a soberania nacional”), na Constituição francesa de 1791 (Título I - Disposições fundamentais garantidas pela Constituição: 3º (...)) Será criado e organizado um estabelecimento geral de socorros públicos para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho aos pobres válidos que não o teriam achado. Será criada uma instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita em relação àqueles partes do ensino indispensáveis para todos os homens), na Constituição francesa de 1793 (à semelhança da carta anterior), no Decreto de 25 de fevereiro de 1848 (que impôs ao governo da II República Francesa a garantia de trabalho a todos os cidadãos), e na Constituição brasileira de 1824 (“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) XXXI. A Constituição tambem garante os socorros públicos; XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”).

31 DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 77.

32 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 564.

33 ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 2, n. 2, p. 188-223, 2005. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index2.php>> (acesso em 20/07/2012) p. 191-193.

34 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 194-195.

35 DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**, Trad. de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 69.

36 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20-21.

37 DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed.

São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205.

38 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no código civil**: uma perspectiva civil-constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 116-117.

39 DA SILVA, José Afonso, op. cit., p. 298.

40 Idem, p. 299.

41 Ibidem, p. 299.

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 342.

43 Idem, p. 342.

44 DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 299.

45 ABRAMOVICH, Víctor. op. cit., p. 193.

46 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 303, destaque do autor.

47 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.bergfiles.com/i/bf3858f817h17i0> (acesso em 22/07/2012), p. 11.

48 PASSOS, José Joaquim Calmon de. op. cit., p. 12.

49 ABRAMOVICH, Victor. op. cit., p. 198.

50 DWORKIN, Ronald, op. cit., 2010.

51 ABRAMOVICH, Victor. op. cit., p. 204.

52 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. reform. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 161.

53 ABRAMOVICH, Victor. op. cit., p. 204.

54 Idem, p. 207-208.

55 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 3.

56 Idem, p. 4.

57 Ibidem, p. 12.

58 HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**. trad. de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108-109.

59 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 17.

60 Idem, p. 28ss.

61 Ibidem, p. 30.

62 Ibidem, p. 30-34.

63 DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 304.



64 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 712-715.

65 Antes de 2009, tem-se, por exemplo, a Suspensão de Tutela Antecipada n. 211, julgada em 15 de abril de 2008, em que a União requereu a suspensão de tutela proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região nos autos de ação ordinária, em que foi assegurada a assistência integral destinada à obtenção do diagnóstico de doença do autor, devendo promover diretamente o pagamento dos exames indicados a uma instituição sediada na Itália. O Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra da então presidente ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido, reconhecendo, todavia, que situações como essa deveriam ser analisadas caso a caso, de forma concreta, e não de maneira abstrata ou genérica, restringindo-se ao caso específico sob exame. Dentre os fundamentos da decisão destaca-se: a consideração da ausência de condições financeiras do autor para custear os exames necessários (hipossuficiência), a gravidade da enfermidade, a ineficácia dos exames que já haviam sido realizados, a urgência de um diagnóstico e a inexistência de centro de diagnóstico brasileiro capaz de identificar a patologia. Além disso, o deferimento do pedido poderia acarretar severos danos ao autor (possibilidade do dano reverso).

66 STF, Suspensão de Tutela Antecipada n. 175,  
Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-03-2010,  
DJ n. 76 de 30-04-2010 (Inteiro Teor), p. 23-27.

<https://www.diritto.it/o-direito-social-a-saude/>