

O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO SEU *FORMATO* LEGAL À SUA EFICÁCIA SOCIAL

THE RIGHT TO HEALTH AS A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT: BRIEF OBSERVATIONS REGARDING ITS LEGAL FORM TO EFFECTIVE SOCIAL

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS¹
CARLA LILIANE WALDOW ESQUIVEL²

RESUMO: O direito à saúde é um direito *humano* fundamental e *universal*. É direito fundamental porque imediatamente conacionado à vida, de modo que, sem a consecução do direito à saúde, a integridade física ou psíquica e a própria vida serão inevitavelmente abaladas. É universal porque se dirige a todos, indistintamente. Em razão da sua importância, o direito à saúde foi expressamente reconhecido, no plano constitucional brasileiro, na Carta Política de 1988. Trata-se de um *direito social prestacional* e, como tal, impõe ao Poder Público atuar preventivamente, estabelecendo políticas públicas de assistência à saúde. No caso de omissão estatal, especialmente omissão na disponibilização de medicamentos, é legítimo o Poder Judiciário determinar ao Estado a operacionalização do direito à saúde.

Palavras-chave: direitos humanos – direito à saúde – universalização – judicialização – eficácia.

ABSTRACT: The right to health is a fundamental human right and universal: fundamental because immediately connected to life. Thus, without achieving the right to health, to physical or psychological integrity and life itself will inevitably be shaken; universal because it is directed to everyone, without distinction. Because of its importance, the right to health has been expressly recognized in the Brazilian constitutional plan, in the Political Letter of 1988. Take care of a social right and, as such, requires the Government to act preemptively establishing public policies for health care. In the case of state omission, especially in the provision of medicines, it is legitimate for Judiciary Power to determine the operational state of the right to health.

Keywords: human rights - the right to health - universalization - legalization - effectiveness.

Sumário: Introdução – 1 O desenvolvimento do direito à saúde e sua universalização: breve apanhado histórico - 2 A saúde pública como direito humano fundamental: análise do desenvolvimento dos direitos humanos sob a ótica de Michel Villey e de Wolfgang Kersting – 3 A efetividade do direito à saúde: breve análise da prestação judicial de medicamentos - Notas Conclusivas – Referências.

¹ Professor Adjunto do curso de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Coordenador do Núcleo de Estudos Criminais (NEC/UFPR). Procurador da República no Estado do Paraná. *E-mail:* jg@penalista.pro.br.

² Professora adjunta do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Doutora em Direito do Estado na UFPR. Membro do Núcleo de Estudos Criminais (NEC/UFPR). *E-mail:* carlawaldow@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

À vista da definição consignada pela Organização Mundial da Saúde, a saúde pode ser definida como estado de *completo* bem-estar (físico, mental e social). Esse estado de *bem-estar* dependerá dos meios para a sua consecução. São as condições essenciais que permitirão o desenvolvimento e a manutenção da própria vida.

Desse modo, a saúde está conectada inevitavelmente à própria *existência humana* e ao desenvolvimento social de uma forma geral. Por sua importância fundamental, foi arrolada na Carta Constitucional brasileira como um *direito social prestacional*.

Caracterizada dessa maneira, impõe esforços conjuntos da sociedade para a sua efetiva consecução. Não obstante seu caráter de *direito-dever*, é possível observar, em inúmeras oportunidades, especialmente no nosso país, que o comando constitucional se distancia da realidade.

Diante disso, é possível questionar se os princípios fundamentais que norteiam a Constituição têm caráter material ou meramente formal. Este trabalho se propõe, portanto, a analisar a saúde pública como direito *humano* fundamental e a consecução desse direito na prática.

Antes de se chegar a uma conclusão a respeito da eficácia social do direito humano à saúde, cumpre, inicialmente, proceder a uma análise do seu surgimento e reconhecimento legal através dos seus antecedentes históricos. A partir da localização histórica do direito à saúde, importa avançar na análise de seus principais desdobramentos no âmbito constitucional brasileiro e sua relação inevitável com outros direitos igualmente fundamentais.

No segundo momento, é imperioso avançar nas discussões da doutrina – marcos teóricos – a respeito do surgimento, natureza, destinatários e características fundamentais dos chamados direitos humanos.

Por fim, importa discutir a eficácia social do direito à saúde, especialmente no tocante à disponibilização, por parte do Poder Público, dos meios à saúde, *in casu*, dos medicamentos necessários à prevenção ou à cura de enfermidades. Debater-se-á, nessa oportunidade, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e sua legitimidade na determinação de políticas públicas e assistenciais em caso de omissão estatal.

Para realizar esse trabalho, recorrer-se-á a um método de abordagem dialético, pelo qual, a partir de um diálogo entre afirmações e oposições, se infere uma síntese. Para tanto, serão analisadas a doutrina, a legislação constitucional e a jurisprudência, a fim de direcionar as futuras conclusões a respeito da formatação legal do direito à saúde desde as suas pioneiras manifestações até a operacionalização efetiva do direito no cenário nacional, na atualidade.

1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À SAÚDE E SUA UNIVERSALIZAÇÃO: BREVE APANHADO HISTÓRICO

Verifica-se, através de uma digressão histórica, que a preocupação com a saúde e, sobretudo, com o seu tratamento jurídico não é recente.

Num primeiro momento, é possível localizar a saúde no rol dos direitos ditos naturais do homem. Desse modo, a ideia de saúde estava envolta no manto da sobrenaturalidade, a doença associada à ideia de castigo e a cura das enfermidades dava-se através de procedimentos mágicos, circunscritos à alçada de curandeiros ou de feiticeiros. Essa mesma concepção de saúde permeou, igualmente, a Idade Média. (SCHWARTZ, 2001, p. 28-29; DALLARI, 1988, p. 329; CONILL apud ARANHA, 2000, p. 112)

Deve-se dar destaque, nessa análise, à Magna Carta inglesa, um dos primeiros documentos que fizeram constar a reivindicação de direitos. No entanto, os direitos reclamados não diziam respeito a uma classe oprimida, mas justamente aos detentores do poder; eram de natureza política e não tinham em vista a saúde da população.

Nesse correr histórico verifica-se que a conquista pelo direito à saúde não tinha nenhuma pretensão de ser desvinculada dos interesses das classes dominantes.

No século XVIII, marcado por inquietações político-sanitárias e pelo surgimento de medidas de controle e de vigilância de enfermidades, houve, pela primeira vez, a referência aos direitos estendidos a todos os homens, embora se apresentassem como uma reclamação da burguesia para o exercício da liberdade diante da aristocracia de então. (DALLARI, 2001, p. 42)

Sobre a formulação da Declaração Francesa de 1789, Michel Villey observou que os direitos dela emanados (direitos formais do homem) não eram para todos,

mas para alguns. Serviram para a destruição da monarquia, mas a substituíram por uma oligarquia. Significaram a dominação política da classe burguesa; na economia, do capitalismo (VILLEY, 2007, p. 161). Sob a ótica de Carlos Frederico Marés, a Declaração Francesa e o surgimento do Estado moderno não tiveram o condão de assegurar, na prática, o reconhecimento dos direitos dos homens ou, pelo menos, demorou muito para que fossem efetivamente respeitados. (MARÉS, 1994, p. 03)

No século XIX, marcado pela expansão do processo produtivo, em face da existência absoluta dos Estados soberanos, o papel dos indivíduos foi relegado a segundo plano. No tocante aos direitos próprios do homem, foram resumidos a poucas concessões pelos Estados, cuja soberania era ilimitada. No entanto, os abusos por parte desse poder e o sofrimento das pessoas em face das duas guerras mundiais que se seguiram evidenciaram a necessidade de proteção de direitos, dignidade e liberdades humanas. Surge, a partir daí, o reconhecimento expresso dos direitos humanos, inclusive no plano internacional.

Em 1946, meados do século XX, o direito fundamental de todo homem “gozar do grau máximo de saúde” ressaí do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde.³

Com a Declaração de Direitos Humanos de 1948, a saúde passa a ser efetivamente considerada um direito. Assegura-se a todo homem, através desse documento, “[...] um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]”.⁴

A partir dessa Declaração, a qual denota uma preocupação que ultrapassa os limites territoriais e influencia todas as cartas constitucionais elaboradas no período

³ A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) é de 22 de julho de 1946 e entrou em vigor em 7 de abril de 1948. Em seu preâmbulo consta que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados”. Tem a Organização objetivo de que *todos os povos alcancem o mais elevado nível de saúde possível* e, para isso, atuará como autoridade diretora e coordenadora dos trabalhos internacionais no domínio da saúde, estabelecendo e mantendo a colaboração entre Estados, vejamos: Art. 2, I: “Promover, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, o melhoramento da alimentação, da habitação, do saneamento, do recreio, das condições econômicas e de trabalho e de outros factores de higiene do meio ambiente; [...] u) desenvolver, estabelecer e promover normas internacionais com respeito aos alimentos, aos produtos biológicos, *farmacêuticos* e semelhantes”. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/oms.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

⁴ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/onu3.htm#Artigo23>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

pós-guerra, surgem outros importantes documentos que têm o condão de dar mais força ao conteúdo das prerrogativas fundamentais. Consagra-se, desse modo, a *universalização* dos direitos humanos, surgindo a necessidade de sua proteção por um sistema normativo internacional, com vigência *erga omnes*. (GODINHO, 2006, p. 03)

Ocorre, contudo, que, apesar de toda a história que permeia o surgimento dos direitos humanos bem como sua característica de universalidade, muitos atentados a esses direitos continuam sendo cometidos. Nesse sentido,

A universalidade, assim formulada, está muito longe daquela proposta pela Declaração de 1946 e traduzida juridicamente nas nossas Constituições atuais, porque estas são na verdade princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. Se fizermos esta mesma análise em relação aos direitos humanos de última geração, os direitos econômicos e sociais, sua parcialidade surge com mais clareza: os direitos econômicos não são mais do que o direito a gozar o desenvolvimento segundo padrões capitalistas, isto é, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo. (MARÉS, 1994, p. 8-9)⁵

No tocante ao direito à saúde, importa destacar que, com o advento da sociedade industrial e mesmo após ter sido reconhecida como um dos direitos fundamentais do homem, no período pós-industrial, a preocupação restringia-se ao bem-estar dos indivíduos componentes da força de trabalho.

Quanto a esse aspecto, Sueli Gandolfi Dallari aduz que:

Vivendo nas cidades, relativamente próximas, portanto, dos industriais, os operários passam a almejar padrão de vida semelhante. Conscientes de sua força devida à quantidade deles organizam-se para reivindicar tal padrão. Entretanto, cedo o empresariado percebeu que precisava manter os operários saudáveis para que sua linha de montagem não sofresse interrupção. Percebeu também que, devido à proximidade espacial das habitações operárias, ele poderia ser contaminado pelas doenças de seus empregados. Tais conclusões induziram outra: o Estado deve se responsabilizar pela saúde do povo. É claro que para ele – empresário – o povo era apenas os operários uma vez que os cuidados individuais de saúde eram facilmente financiados pelos industriais. Por outro lado, eles faziam também parte do povo quando exigiam que o Estado garantisse a ausência de doenças contaminantes em seu meio ambiente. E, como o Estado liberal era instrumento do empresariado nessa fase da sociedade industrial, foi relativamente fácil a transferência das reivindicações operárias de melhores cuidados sanitários dos empresários para o Estado. (DALLARI, 1988, p. 329)

⁵ A crítica aos direitos humanos e, particularmente, a respeito da sua universalidade, é também lembrada por Kersting. O autor cita que, para alguns autores, haveria uma má consciência do liberalismo e uma estigmatização do universalismo como colonialismo com meios morais. (KERSTING, 2003, p. 87)

Esse desenrolar histórico foi igualmente sentido no cenário nacional. Assim, nos períodos pré-colonial e colonial verifica-se o predomínio da doença associada a causas sobrenaturais e a procedimentos curativos mágicos. Além da influência religiosa, por um longo período, a saúde foi reduzida a tímidas políticas de saúde, inclusive no plano constitucional. Nesse sentido, as Cartas Políticas de 1824 e 1891 não trataram do direito à saúde, apesar da existência, já nesse momento, de significativos problemas nessa seara (v.g. epidemias de doenças infecto-contagiosas como a malária, a varíola, a febre amarela, a cólera, a tuberculose). (CARVALHO, 2003, p. 15-31)

No período de 1900 a 1930, o Brasil, caracterizado por uma economia agroexportadora, necessitava de mão de obra assalariada composta tanto de brasileiros como de imigrantes europeus. Havia, nesse contexto, a preocupação com o combate das epidemias características dessa época e com o saneamento dos portos e das cidades. O Estado passou a assumir o controle dessas questões. Primeiramente assumiu, com exclusividade, a administração e os serviços relativos à saúde, posteriormente permitiu maior participação e influência de proprietários privados diante do setor da saúde. (TAVEIRA, 2010, p. 85-87)

As Cartas Políticas que se seguiram a esse período calavam-se a respeito da saúde coletiva ou, no máximo, faziam alusão à distribuição de competências legislativas e administrativas no âmbito sanitário, como fazia a Constituição de 1934. Nesse sentido, a Carta Política de 1937 nada estabelecia a respeito do assunto, enquanto a de 1946 apenas indiretamente a ele se referia, ao dispor sobre o direito à vida. Segundo Ediná Costa, a saúde era reconhecida, particularmente nas Cartas de 1934 e 1937, como “[...] direito do trabalhador, inserido no mercado formal de trabalho, determinando sua assistência médico-social” (COSTA, 2001, p. 20). Por sua vez, apesar da existência da Declaração Universal de Direitos e da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a Magna Carta de 1967 apenas cuidava da competência para estabelecer planos nacionais de educação e saúde. As referidas constituições circunscreviam-se, portanto, no máximo, à indicação da competência no âmbito da saúde pública. (DIAS; ROCHA, 1999, p. 38-39)

Foi a Carta Constitucional de 1988 que, a exemplo de outras Constituições desse período, consagrou, pela primeira vez, no rol dos *direitos sociais*, o direito à saúde, para dar guarida aos direitos sociais do pós-guerra e a fim de que não pairasse qualquer dúvida a respeito desse direito-dever.

A referida Carta Política, que acolheu a ideia da *universalidade dos direitos* humanos, indicou expressamente o direito à saúde no artigo 6º, ao lado de outros direitos sociais igualmente fundamentais, dispondo que: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. E no artigo 196 dispõe 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Não obstante seu caráter *social*, o direito à saúde encontra-se inevitavelmente conexionado com outros bens igualmente fundamentais, o que pode ser vislumbrado através da análise sistemática da Constituição Federal.

É de observar-se, nesse rumo, que, no rol dos direitos e das garantias fundamentais do homem, está consagrado, no preâmbulo do artigo 5º da Carta Política, o direito à vida, valor supremo intimamente ligado ao direito à saúde, dele necessariamente decorrente. Dessa maneira, o direito à saúde, na qualidade de direito fundamental, incluído na mesma categoria jurídica do direito à vida, constitui pressuposto desta e ressaí como um direito absoluto, irrenunciável e indisponível, sendo possível afirmar que a vida e a saúde são bens jurídicos essenciais à *existência humana*.⁶

Outrossim, para a efetivação do direito à saúde e, em consequência, do próprio direito à vida, é mister que se verifiquem as *condições mínimas* para usufruí-la. Essas condições mínimas de vida repercutem em uma existência digna, igualmente reconhecida no texto constitucional. Por outro lado, o exercício desses direitos somente é possível em um Estado Democrático de Direito, que centraliza e unifica todos os direitos e garantias arrolados no texto constitucional, de modo que não há direito à saúde, à liberdade, à vida, ou qualquer outro direito sem que se atinja, diretamente, a dignidade da pessoa humana. (FARIAS, 1996, p. 48)

Imediatamente relacionado ao postulado da dignidade da pessoa humana, e especialmente vinculado ao direito à saúde, está o princípio da igualdade. Significa dizer que, para uma existência digna, não podem ser admitidas desigualdades

⁶ Hannah Arendt, ao analisar a Condição Humana, reporta-se, igualmente, à existência humana como algo distinto mas inevitavelmente relacionado a ela porque conexionado com o que a autora denomina *labor*, uma das atividades fundamentais da *vita activa*, que assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. (ARENDR, 1997, p. 15-16)

profundas entre os componentes da sociedade e que todas as pessoas, indistintamente, têm direito à saúde, aos serviços de saúde e à manutenção da sua dignidade. (SANTOS, 1999, p. 79)

De outra parte, sendo um dos chamados direitos sociais, emanado de um Estado Democrático de Direito, está o direito à saúde relacionado, inevitavelmente, à satisfação das “[...] *necessidades mínimas* para que se tenha dignidade e sentido na vida humana [...]” e, por essa razão, compete ao Estado fazer-se presente, através de prestações públicas que visem superar as carências individuais e sociais (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 139).⁷ Trata-se, ademais, de direito público subjetivo, intrínseco ao indivíduo, e, por isso, exigível ao Estado pelos instrumentos judiciais adequados. (OLIVEIRA, 2001, p. 46)

Por fim, cuida-se de *direito universal* na medida em que se destina a todo e qualquer ser humano, independentemente da classe social ou econômica a que pertence.

Não obstante a previsão expressa na Carta Constitucional, é possível verificar que, na atualidade, esse direito à saúde, especialmente no Brasil, ainda encontra dificuldades para ser concretizado.⁸ Verifica-se, na verdade, que as ações na esfera

⁷ De acordo com José Afonso da Silva, na Constituição de 1988, a saúde foi considerada *direito social*, ou seja, “[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. Trata-se de verdadeiro direito fundamental na medida em que condiciona a efetiva fruição dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida e vida com dignidade. (SILVA, 1990, p. 289)

⁸ Importa destacar que a grande maioria dos autores que fazem referência ao direito à saúde como um direito social, também menciona que os direitos sociais, na realidade brasileira, não são efetivamente gozados. Nesse sentido, Andréas J. Krell leciona que “Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma Constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha de pobreza. A maioria dessas pessoas não encontra um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome. [...] A Constituição do Brasil sempre esteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida; o texto legal supremo, para muita gente, representa apenas uma categoria referencial bem distante. Encontra-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais.” (KRELL apud SARLET, 2000, p. 26). Igualmente adverte Ricardo Rodrigues Gama que, “No Brasil atual, a falta de recursos, o descaso das autoridades, o sucateamento da saúde e os freqüentes golpes à previdência social, fazem emergir um sistema debilitado e sem condições de atender as letras da Constituição Federal” (GAMA, 1998, p. 274). Para Uadi Lammêgo Bulos, “[...] a incolumidade do indivíduo, nos casos de doença ou mal-estar, não tem sido, do ponto de vista efetivo, direito de todos, nem, tampouco, dever do Estado [...]”. Assim, a norma em epígrafe não

dos serviços públicos de saúde são vislumbrados, na prática, como privilégios de poucos e não como efetivo direito à cidadania, conspurcando outros princípios implicados nessa garantia fundamental, como a igualdade e a equidade. Segundo Felipe Rangel de Souza Machado:

Devido à história política vivida pelo Brasil, patrimonialista e autoritária, alternada entre regimes que pouco valorizavam o cidadão, o brasileiro vive duas experiências difíceis: aprender o que é democracia e seus caminhos rumo à concretização da cidadania. Habitados a conviver com um Estado que seleciona as demandas que está disposto a ouvir, a percepção coletiva sobre as possibilidades de ação se reduzem e se mantêm a noção de direitos como doação do Estado. (MACHADO, 2009, p. 191)

Do exposto acima, parece que o direito a saúde, expressamente previsto na Carta Constitucional e indicado nas normas protetivas de matiz internacional, não é, de fato, um direito *universal*. É provavelmente certa a afirmação de Marés no sentido de que representam princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. Ademais, considerando os antecedentes legislativos supraindicados e a separação existente entre os *standards* jurídicos e a materialização desse direito, é possível argumentar que há uma certa perpetuação da situação de exclusão social no âmbito da saúde coletiva.

2 A SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DE MICHEL VILLEY E DE WOLFGANG KERSTING

Segundo Gabrielle Kolling e Guilherme Camargo Massaú, “[...] pensar no direito à saúde, necessariamente, nos remete a pensar nos *direitos humanos*, visto que se deve conceber o direito à saúde não só como um direito fundamental, mas sim como um direito humano, essencial à vida.” (KOLLING; MASSAÚ, 2010, p. 38)⁹

O *direito humano* à saúde, consoante se viu, foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurando um conjunto de outros direitos

tem desempenhado qualquer efeito concreto, porque, no Brasil, o acesso à saúde é proporcional à situação econômica da pessoa. No direito constitucional anterior era pior, porque o constituinte simplesmente dava competência, no nível de organização administrativa, à União para legislar sobre defesa e proteção à saúde, no sentido de se combater as endemias e as epidemias. (BULOS, 2000, p. 83)

⁹ No mesmo sentido, Felipe Rangel de Souza Machado, citando o Comitê Internacional em Direitos Econômico, Social e Cultural (CIDESC), menciona que se trata de um direito humano fundamental indispensável para o exercício de outros direitos humanos: “Todo ser humano tem o direito de usufruir o mais alto padrão de saúde que o leve a viver uma vida digna.” (MACHADO, 2009, p. 190)

capazes de promover um padrão de vida que garanta a toda a pessoa e à sua família, saúde e bem-estar.

No tocante aos chamados direitos humanos, é possível situar a sua origem em meados do século XVII, mas seus movimentos iniciais localizam-se na Idade Média, no âmbito da teologia cristã. Michel Villey anuncia que os direitos humanos são fruto da filosofia moderna, inclinada ao deísmo, ou seja, à substituição de Cristo pelo deus criado pela razão humana, no sentido de liberdade, igualdade e fraternidade. Nessa senda, indica no "Leviatã" de Hobbes as fontes, conteúdo e função original dos direitos humanos. E, segundo o mesmo autor, considerando a compreensão limitada de Hobbes a respeito do direito, é possível assegurar que os direitos humanos são uma obra *não jurídica*. (VILLEY, 2007, p. 16-17; p. 138 e ss.)

Quanto ao termo *direito humano*, Villey se propôs a realizar um retorno às suas origens. E, nesse sentido, mencionou que renomados estudiosos teriam tratado do direito, atribuindo-lhe imagens sofisticadas, mas muitas vezes reduzindo-o ao papel de instrumento de outras disciplinas igualmente importantes. Assim, portanto, a percepção do direito, considerada sob diversos pontos de vista, era vislumbrada de forma eminentemente *externa*. Sob outro aspecto, pode ser concebido como *direito subjetivo*, no sentido de qualidade pessoal do sujeito ou mesmo como algo que a ele pudesse proporcionar satisfação. Apresenta-se, igualmente, como *direito objetivo*, numa conotação eminentemente legal, agregada de outras fontes. Segundo o mesmo autor e considerando os diversos sentidos que o termo *direito* poderia comportar, analisa-o a partir da herança romana, que, por sua vez, sofreu forte influência da cultura grega, sua filosofia. Desse modo, seria possível atribuir à arte jurídica romana uma definição da *finalidade do direito*¹⁰. Avançou nessa análise, a partir de Aristóteles, para quem a justiça era realidade e dividia-se em geral e particular. A análise de Aristóteles sobressaiu do termo *tò dikaion* - do grego, conjuntamente o justo e o direito – que ainda pode ser visto como um *objeto* da justiça particular (a justa partilha dos bens e ônus num grupo) e uma *proporção* (efeito de uma partilha proporcional). Para o filósofo, “[...] descobre-se o direito mediante observação da realidade social e confrontação de pontos de vista diversos sobre essa realidade, porque o *direito*, objeto da justiça no sentido particular da

¹⁰ Cícero formula a definição “*Sit ergo in jure civili finis hic legitimae atque usitate in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*” (O serviço de uma justa proporção na partilha dos bens e nos processos dos cidadãos). (VILLEY, 2007, p. 32)

palavra, é precisamente esse meio, a proporção certa das coisas partilhadas entre membros do grupo político” (VILLEY, 2007, p. 52). Por fim, após a análise da definição do termo *direito*, situa os direitos humanos no gênero dos *direitos subjetivos*, reconhecendo que essa expressão estava ausente dos textos romanos, mas que sua noção já era inerente à palavra *jus*. E, no que se refere às declarações dos direitos humanos, salienta o autor que prometem a todos, identicamente, a liberdade e o respeito da dignidade, valores *não passíveis* de serem partilhados e que o direito é o produto da divisão *finita* da justiça, atribuível às partes que não são iguais: “A justiça particular só se relaciona com os objetos que se repartem [...]. O direito de cada qual, que ela define, é o produto dessa divisão, uma quantidade sempre finita. E as partes de uns e outros não serão iguais.” (VILLEY, 2007, p. 47, 34 e ss.)

Wolfgang Kersting questionou o conteúdo do conceito de direitos humanos. Advogou que uma definição válida, em termos de fundamentação teórica, é aquela resistente ao particularismo e ao relativismo, ou seja, direitos humanos que possam ser reconhecidos universalmente. Afirmou que não se pode partir da tese de que as exigências legais em termos de direitos humanos surgem a partir de um estado de carência, ou melhor, de experiências concretas de injustiça. Lecionou que é preciso desenvolver uma argumentação que atribua ao conceito de direitos humanos um significado desvinculado das valorações e diferenças culturais, levando em consideração uma formulação das condições pré-culturais da coexistência humana. A partir dessa análise, Kersting passou a definir elementos condicionais e programáticos na esfera dos direitos humanos. São condicionais e, portanto, existenciais, direitos que se referem às condições que têm que estar preenchidas para que os seres humanos tenham a oportunidade de poder levar uma vida pacífica e livre de violência. Nesse rol se incluem direitos como a vida, a incolumidade física e a segurança básica. São programáticos porque se delineiam condições que precisam estar adicionalmente cumpridas para que as pessoas possam levar uma vida bem-sucedida. Entre os direitos humanos programáticos, o autor inclui o direito à liberdade e à igualdade políticas, à democracia e autodeterminação política, ao Estado de direito e constitucionalismo, a um abastecimento básico suficiente, do ponto de vista da ética cidadã, e a uma condição assegurada de membro numa república mundial. Em suma, o autor distingue direitos relativos à existência, relacionados à natureza humana e suas necessidades básicas, e que são aplicáveis

a todas as pessoas sem distinção, não havendo interrupção de tempo e espaço. Isso é diferente do que acontece com os direitos humanos programáticos, que levam em consideração as particularidades históricas e culturais. É certo que, na visão de Wolfgang Kersting, o direito humano serve aos *interesses fundamentais* dos seres humanos na vida, na conservação e no desenvolvimento, interesses esses que são indivisíveis. Desse modo, se houver ameaça ou violação aos direitos condicionais ou pragmáticos, haverá violação aos direitos humanos, que precisam reagir de idêntica maneira às ameaças ou violações. (KERSTING, 2003, p. 95)

Segundo o autor, os *direitos humanos essenciais* (de caráter antropológico) atendem aos interesses de autoconservação, incolumidade física e condução da vida para poderem traçar e realizar projetos de vida individuais. São interesses de proteção jurídica prioritária (proteção dos direitos humanos). Diz o autor que, além das condições fundamentais de existência, a proteção dos direitos humanos deve ser estendida ao interesse no seu provimento. Há, portanto, uma dupla dependência:

[...] de um lado, dependem da disposição negativa para a cooperação por parte de seus semelhantes e, por outro, dependem de um provimento suficiente de bens. A situação dos interesses antropológicos básicos abrange, portanto, um interesse pela existência e um interesse no abastecimento. Por conseguinte, por uma questão de coerência, a reivindicação da proteção mediante os direitos humanos precisa ir além da coexistência negativa, que não prejudica o outro, que o deixa simplesmente em paz, e ser estendida a uma dotação com bens que seja suficiente e possibilite a subsistência. (KERSTING, 2003, p. 98-99)

Desse modo, para Kersting, a existência, a subsistência e o desenvolvimento são faces antropológicas do direito humano e que conferem a sua proteção, obrigando a isso as pessoas, as instituições e o próprio Estado. Apesar dessas considerações, agrega que a proteção aos direitos humanos só pode ser concedida numa organização estatal. Os direitos humanos são, por conseguinte, essencialmente um direito do Estado. (KERSTING, 2003, p. 93-94)¹¹

Considerando o significado atribuído aos *direitos humanos*, e considerando o direito fundamental à saúde, é possível vislumbrar que se trata de um valor *pré-jurídico*, inevitavelmente conectado a outros valores de igual importância e, por isso,

¹¹ Carlos Frederico Marés, não obstante sua afirmação de parcialidade dos direitos humanos, concorda que, reconhecidos pelas constituições, “[...] na medida em que estes ganham caráter normativo e impositivo, são valores que podem ser realizados dentro do sistema jurídico concebido pelo Estado moderno, tornando-se, assim, em uma universalidade.” (MARÉS, 1994, p. 5)

reconhecido implícita ou expressamente nas Constituições da maioria dos países e nos principais documentos internacionais. Não obstante sua previsão expressa e, portanto, de caráter objetivo, é possível afirmar que se sobreleva o caráter subjetivo do direito no sentido de poder-se exigir do Poder Público as prestações materiais, inclusive pelos instrumentos judiciais adequados.

Cuida-se de um direito humano condicional na medida em que sua satisfação reflete a satisfação das necessidades humanas existenciais, como a própria vida e a incolumidade física. O direito à saúde cumpre igualmente as condições que, adicionalmente, tornam a vida do indivíduo boa ou bem-sucedida. Assim, portanto, nas palavras de Gabrielle Kolling e de Guilherme Camargo Massaú, concretizar o direito humano fundamental à saúde é também concretizar a cidadania. (KOLLING; MASSAÚ, 2010, p. 38)

No que se refere aos *destinatários dos direitos humanos*, Michel Villey situa-os como homens encerrados em grupos sociais (Aristóteles) ou indivíduos providos de uma natureza comum, naturalmente iguais e livres (Hobbes) ou, ainda, homens livres e iguais que recebem da natureza o direito de preservar seu ser (Locke). (VILLEY, 2007, p. 145, 155)

Wolfgang Kersting, por sua vez, parte do mesmo igualitarismo de Hobbes, mencionando que às pessoas estranhas, umas às outras, confere-se uma forma jurídica geral, atribuindo direitos iguais, imperdíveis e inalienáveis. Dessa forma, o conceito de ser humano adquire um *sentido normativo*, de modo que cada pessoa está ligada à outra, com base numa dotação idêntica em termos de direitos humanos (KERSTING, 2003, p. 90). Continuando sua investigação a respeito de *quem é o ser humano dos direitos humanos*, adverte que essa definição não pode ocupar uma posição secundária para a compreensão de direito. E, nesse sentido, refere-se ao homem nu, natural, destituído de qualquer qualificação cultural que está de um lado e, de outro, a subjetividade relativa aos direitos humanos. Para o autor:

Na igualdade classificatória biológica, anterior a toda diferenciação ideológica e auto-interpretação cultural, se encontra o oposto do igualitarismo normativo dos direitos humanos. O único ser humano relevante em termos de fundamentação teórica dos direitos humanos é um ser finito, mortal, vulnerável e capaz de sofrer; a proteção dos direitos humanos baseia-se na simples evidência da vulnerabilidade humana e na preferencialidade, não menos evidente, de um estado de ausência de assassinato e homicídio, dor e violência, tortura, miséria e fome, opressão e exploração. (KERSTING, 2003, p. 93-94)

Numa análise sobre a universalidade dos direitos humanos, e especificamente sobre os direitos de alguns segmentos vulneráveis da sociedade, Carlos Frederico Marés se opõe à idéia de Kersting e até mesmo de Villey. Para ele os direitos humanos não são universais, ou seja, destinados a todos os homens indistintamente, seja a igualdade advinda da própria natureza (pré-cultural) ou de uma qualificação normativa. Referindo-se especificamente aos povos indígenas, que, para ele, estão à margem do Estado e da Constituição, menciona que:

[...] quando pensamos em sociedades inteiras que estão fora dos sistemas jurídicos nacionais, que se regem por suas próprias leis, temos que reconhecer que aquela universalidade criada pela Constituição impositiva é parcial, porque não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema. E o que fazer com esta outra ou outras sociedades que vivem à margem do Estado e da Constituição, representados especialmente pelos povos indígenas? (MARÉS, 1004, p. 09)

No que se refere ao direito humano fundamental à saúde, deve-se indagar se os direitos humanos e, especificamente, o direito à saúde se destinam a todos os homens de forma geral ou se dita universalidade dos direitos humanos não seria apenas parcial.

Quanto a isso, agregue-se a lição de Kersting, que revela que os direitos humanos sempre tiveram opositores.¹² Aduz, ademais, que não se encontram em bom estado e, em razão de deficiências – desdobramento em novos direitos humanos, impossibilidade de visão de conjunto, excrescências semânticas – se tornam imprestáveis em termos de fundamentação teórica e, por essa razão, sem condições de cumprir a tarefa de orientação da política mundial. Segundo o autor, é preciso *salvar os direitos humanos*, reduzido ao mínimo o seu desgaste declamatório, submetendo as excrescências a um tratamento semântico. Explica o autor, ademais, que esses direitos humanos podem ser desrespeitados tanto por carências específicas quanto por recusas que têm motivos políticos. Nesse sentido, reafirma que é imprescindível a satisfação das necessidades fundamentais do ser humano, além da proteção estatal e proibição de intervenção, longe da violação, por parte do próprio Estado, a esses direitos humanos essenciais. Menciona, outrossim,

¹² Wolfgang Kersting cita como opositores Bentham, Marx, Burke, MacIntyre, além de opositores no mundo da ação política e da formação de opinião através dos meios de comunicação (op. cit., p. 87). Michel Villey, a respeito, afirma que a tese dos direitos humanos encantou autores como Payne, Kant, Fichte e Hegel, no entanto houve aqueles que denunciaram seus malefícios, como Burke e Bentham. (2003, p. 4 e 5)

que toda a ação, seja individual ou institucional que conflite com os interesses essenciais dos homens, deve ser banida em termos de direitos humanos. (KERSTING, 2003, p. 89, 95, 99)

Da análise dos antecedentes das declarações de direitos, verifica-se que não visavam a existência ou o desenvolvimento digno das pessoas de uma forma geral. Nas palavras de Villey, o aparecimento dos direitos humanos, motivado por propósitos muito pragmáticos, atesta a decomposição do conceito do direito e o sacrifício da justiça. Segundo o autor, sua linguagem indistinta, perigosamente imprecisa, gera ilusões e falsas reivindicações (impossíveis de satisfazer), sendo seu triunfo visível no século XX, em razão da repercussão do progresso técnico e da decadência da cultura. O autor refere-se aos direitos humanos como medicamento admirável, capaz de tudo curar, até mesmo as doenças que ele mesmo produziu:

Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam (sic) de volta a anarquia. Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfeitores contra os juízes – das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpra escolher: ou bem de uns, ou bem dos outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. A que se deverá o enorme sucesso desse lugar-comum dos direitos humanos na retórica contemporânea? Ao fato de que ele consegue esconder o reverso: militando por esses direitos contra o xá do Irã, teremos ajudado a instauração do regime de Komeini. (VILLEY, 2007, p. 162, 163)

No âmbito da saúde coletiva ocorre o mesmo, ou seja, seu surgimento foi motivado por propósitos pragmáticos. Nesse sentido, o surgimento do direito à saúde está vinculado, num primeiro momento, a finalidades eminentemente políticas e, ao depois, com a produtividade da classe trabalhadora. No cenário nacional, a realidade é idêntica, vislumbrando-se a preocupação com a saúde a fim de assegurar, sobretudo, a sanidade da mão de obra assalariada.

Não é possível dizer, contudo, que, na atualidade, o cenário seja completamente diverso, ou seja, que a efetivação da garantia prevista no texto constitucional seja destituída de propósitos igualmente utilitaristas. Agregue-se que, apesar desses propósitos, a saúde coletiva definitivamente não se direciona a todos, podendo-se concordar com Marés que, na prática, os direitos humanos não são

universais. Segundo o referido autor, mais de duzentos anos depois do nascimento do Estado moderno sob o signo da liberdade e da dignidade humana, ainda é possível denunciar problemas porque não há um Estado protetor de direitos. (MARÉS, 1994, p. 3)

Maria Goretti dal Bosco afirma que, nos países como o Brasil, os “[...] os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, permanecem à margem de um modelo distanciado da realidade social, sendo constantemente violados sob as mais diversas formas, numa espera surda e de poucas perspectivas de que o Estado seja capaz de modificar.” (DAL BOSCO, 2010, p. 10)

Assim, portanto, em termos de saúde coletiva, é de se concordar com os autores supraindicados no sentido de que, apesar de ser tratada como *direito humano fundamental*, não se encontra em bom estado e, mais, de que não raras vezes esse direito, inclusive no Brasil, é desrespeito até mesmo por motivações eminentemente políticas, violando flagrantemente os direitos ditos *existenciais* do homem.

É igualmente possível concordar com os autores acima no sentido de que não é suficiente a previsão legal-constitucional dos direitos humanos fundamentais. A propósito, Dal Bosco, analisando o garantismo de Ferrajoli, aduz que o mesmo tem como pressuposto a centralidade da pessoa e funciona como sistema de garantias que perpassa a Constituição e se apresenta como mecanismo de limitação dos poderes da Administração Pública. Desse modo, os poderes públicos e privados ficam ‘funcionalizados’ aos direitos individuais e coletivos, não o seu contrário. Direitos como o direito à saúde, denominado por Ferrajoli como um direito de subsistência, dependem, muito além da previsão constitucional, da definição e da implementação de políticas públicas capazes de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. São direitos supraestatais, impondo-se obrigações inclusive em nível internacional para a proteção desses direitos. Nesse sentido, é preciso assegurar, e de forma efetivamente universal, considerando a universalização dos riscos à saúde¹³, níveis mínimos de igualdade e de subsistência financiados por recursos estatais. (DAL BOSCO, 2010, p. 16-18; KOLLING; MASSAÚ, 2010, p. 39)

¹³ Gabrielle Kolling e Guilherme Camargo Massaú advertem que a globalização do séc. XX trouxe agravos à saúde, pois os riscos também se globalizaram e as ações globais, por sua vez, diminuíram. Exemplifica com os casos do vírus HIV e, mais recentemente, com a pandemia da H1N1. (KOLLING; MASSAÚ, 2010, p. 43)

3 A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: BREVE ANÁLISE A RESPEITO DA PRESTAÇÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS

Consoante mencionado acima, o direito humano à saúde constitui um valor indispensável para o exercício de outros direitos fundamentais, como a própria vida, sua dignidade e integridade. No conteúdo desse direito estão relacionados os cuidados em saúde, acesso, recursos, aceitação de práticas culturais, qualidade dos serviços, saneamento, educação e informação em saúde. (MACHADO, 2009, p. 190)

Por sua vez, a inviolabilidade do direito à saúde implica, logicamente, o direito que todos têm aos recursos de vida, entre os quais se deve destacar o direito aos medicamentos. Por conseguinte, está conectado ao direito do indivíduo ter preservadas as condições funcionais de seu organismo e que está intimamente relacionado à manutenção do seu estado de saúde através dos medicamentos consumidos.

Trata-se, assim, de assegurar um direito fundamental do homem, estritamente vinculado ao direito à vida, dignidade humana e qualidade de vida, razão do seu reconhecimento pelo legislador constitucional, que se impõe, inclusive, sobre outros direitos igualmente reconhecidos. Esse direito à saúde deve ser avaliado não apenas como ausência de doença, mas à vista do bem-estar integral da pessoa, considerada individualmente e como componente da coletividade.

Cuida-se de decorrência lógica do próprio dispositivo que ampara o preceito fundamental. Nesse sentido, a parte final do art. 196 da Carta Política veicula dois princípios fundamentais relacionados à saúde, quais sejam, o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário. Significa dizer que todos (gênero), independentemente da situação clínica ostentada, devem receber igual prestação de serviços na área da saúde. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 512)

Ressai, de todo o exposto, que esse direito, bem como todos os demais direitos fundamentais reconhecidos expressa ou implicitamente no texto constitucional e amparados nas normas protetivas de caráter internacional, deve ser efetivado, ou seja, que não esteja contido apenas na *forma* da lei. É necessário torná-lo prática concreta no cotidiano dos serviços prestados à população.¹⁴

¹⁴ Arts. 196 a 200 da CF.

Nesse sentido, e para operacionalizar referida garantia e cumprir o comando constitucional¹⁵, além de outras medidas, foi criado o Sistema Único de Saúde (Lei Federal n. 8.080/1990). Nessa toada, o Estado, através do SUS, deve participar, junto à ordem econômica, na produção de medicamentos e incremento, em sua área de atuação estatal, do desenvolvimento científico e tecnológico. Compete-lhe, além de outras formas de assistência, a distribuição de medicamentos através de dispensários e de farmácias populares.

Importa consignar que, no Brasil, país marcado por profundas desigualdades sociais, a maior parte da população depende do Poder Público, especialmente através do SUS, para ver assegurado o direito à saúde. Contudo, a distribuição nem sempre é eficaz, pois pode o medicamento não constar na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename)¹⁶ ou, ainda que conste, as pessoas terem dificuldades para encontrar e até mesmo receber o medicamento.

Nesse sentido, e não obstante a guarida constitucional, o relatório dos Direitos Humanos no Brasil 2009 denuncia que a oferta de serviços na área da saúde, assim considerados todas as formas de acesso, é evidentemente desigual, contribuindo para que seja associada a concepção de direito à saúde como um privilégio e não como um direito de cidadania. Apesar de decorridos três anos da confecção do referido relatório, a situação continua idêntica, isto é, as ações na área da saúde se reduzem e se mantêm a noção de direitos como *doação* do Estado. (MACHADO, 2009, p. 191)

De acordo com Fabio Konder Comparato:

Dir-se-á que, em tais hipóteses, como prevê a Constituição, os pacientes desprovidos de recursos serão atendidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Mas essa resposta não leva em consideração dois fatos. Em primeiro lugar, a freqüente recusa de fornecimento pelo SUS de medicamentos custosos, sob a alegação de falta de recursos financeiros; o que tem suscitado, como ninguém ignora, um sem-número de litígios judiciais. Em segundo lugar, o fato de que a provisão de recursos financeiros para o SUS faz-se por meio do lançamento de tributos sobre toda a população, sendo certo que cerca de 70% (setenta por cento) dos impostos em nosso país são regressivos; ou seja, o seu peso econômico incide desproporcionalmente de modo muito mais intenso sobre as camadas pobres da população do que sobre as famílias abastadas. (COMPARATO, 2011)

¹⁵ De acordo com o art. 5º, III, da Lei Federal nº 8.080, de 1990, compete-lhe: "a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas".

¹⁶ RENANE. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

É possível afirmar, com base nessas informações, agregadas a outros dados a respeito da consecução efetiva do direito à saúde, que a garantia constitucional, na prática, em inúmeras oportunidades, não é assegurada. Fica o direito à saúde, portanto, mantido como *status* de direito formal e não material.

Cumprido destacar que o Poder Público, em muitas oportunidades, se esquiva na consecução dos direitos sociais prestacionais, em especial na prestação de medicamentos, fazendo-o ancorado em atos normativos específicos¹⁷, contudo quaisquer normas ou atos administrativos que visem restringir o direito à saúde devem ser considerados inconstitucionais. Vejamos:

[...] normas que busquem restringir o acesso a medicamentos, seja por meio de leis que estabeleçam os remédios que poderão ser adquiridos por intermédio do Sistema Único de Saúde, seja pela imposição de remédios diferentes dos que foram receitados pelo profissional médico ou mesmo que neguem o medicamento por conta de seu custo ou inacessibilidade, são todas inconstitucionais, uma vez que afrontam, dentre outros, o art. 6º da Constituição. A falta de remédios em postos de entrega à comunidade por motivos diversos, como burocracia administrativa, também não é admitida, uma vez que se trata do fornecimento de um serviço fundamental, portanto, deve ser prestado imediatamente pelo Estado. (CARVALHO, 2007, p. 96)

É por essa razão que o Poder Público tem sido protagonista em demandas judiciais. O direito subjetivo do cidadão, caracterizado como poder de exigir as prestações públicas fundamentais, entra em ação.

Importa destacar que um dos pilares do Estado Democrático Moderno é a sua forma jurídica. Nessa esfera, além de outras decisões fundamentais, o Poder Judiciário tem se manifestado no campo dos direitos básicos dos cidadãos. Muitas demandas, inclusive no âmbito da saúde coletiva, têm sido objeto de análise pelo Poder Judiciário, o que vem sendo chamado de *judicialização*, ou seja, “[...] a utilização dos procedimentos judiciais ordinários para a petição e resolução de demandas sociais e políticas” (CARVALHO, 2007, p. 161). No âmbito da saúde coletiva, denomina-se, então, de judicialização da saúde.¹⁸

¹⁷ A título de exemplo, editou-se a Portaria nº 204/GM/2007, do Ministério da Saúde, onde consta a classificação de medicamentos por complexidade, restringindo o fornecimento a determinadas unidades de saúde.

¹⁸ Felipe Rangel de Souza Machado elenca condições da judicialização da saúde, quais sejam: 1) existência de um regime de governo democrático com a separação efetiva dos três poderes; 2) existência de uma política de direitos, inscrita ou não em uma declaração constitucional de direitos fundamentais; 3) existência de grupos de pressão que tenham identificado nos tribunais judiciais possíveis arenas para a veiculação de seus interesses; 4) existência de instituições majoritárias incapazes de reunir em torno de si apoio público suficiente para defender suas políticas, havendo, portanto, a necessidade de se buscar no Poder Judiciário a efetivação dessas políticas; 5) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de

Segundo Marcelo Rabello Pinheiro, não adianta ter uma Constituição que elenca uma série de direitos fundamentais sem que exista um órgão capaz de assegurar a sua efetividade quando os poderes constituídos forem omissos ou agirem em desconformidade com o preceito constitucional. Refere-se, nesse caso, ao Poder Judiciário como garantidor dos direitos constitucionais e que sua legitimidade está amparada, primeiramente, na própria Carta Constitucional, que lhe atribui esse caráter. Agregue-se a isso a menção expressa do texto constitucional de que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que “[...] todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.” (PINHEIRO, 2008, p. 135-136)

Desse modo, diante da omissão estatal na realização dos direitos sociais prestacionais, *in casu*, do direito à saúde, incumbirá ao Judiciário determinar sua concretização, “[...] desde que presentes os requisitos fáticos e jurídicos exigidos.” (PINHEIRO, 2008, p. 136).¹⁹ É sabido, contudo, e o próprio autor adverte para isso, que a intervenção do Poder Judiciário na esfera estatal não é aceita por toda a doutrina. Nesse sentido, divisam-se procedimentalistas e substancialistas.²⁰

Na corrente procedimentalista encontram-se Jünger Habermas, John Hart Ely e Carlos Santiago Nino. Segundo essa vertente, não caberia ao Poder Judiciário opinar a respeito da validade das normas emanadas do Poder Legislativo e nem determinar ao Executivo o cumprimento das prestações materiais, por falta de legitimidade democrática e sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Essa corrente “[...] limita em grande extensão a abrangência da Jurisdição Constitucional, restringindo o papel do Tribunal Constitucional à figura de um árbitro

políticas públicas, vindo esse sentimento negativo de receios públicos quanto a clientelismo, personalismo e corrupção; 6) inércia proposital do legislativo quanto ao trato de certas questões; e 7) uma postura dos juízes no sentido de aceitarem o desafio de opinar sobre questões políticas. (TATE; VALLINDER apud MACHADO, Felipe, op. cit., p. 191)

¹⁹ Nesse sentido, esclarece Ferrajoli, citado por Maria Goretti dal Bosco, que, no campo da saúde, a experiência jurídica mais recente tem ampliado a proteção jurisdicional por meio de diferentes mecanismos (medidas urgentes, ações reparatórias e similares). (FERRAJOLI apud DAL BOSCO, 2010, p. 17)

²⁰ Virgílio Afonso da Silva, ao indagar sobre a necessidade de um guardião à Constituição (que, para Kelsen, seria o Tribunal e, para Schmitt, o Presidente da República), refere-se a essa dicotomia. E, nesse sentido, faz menção ao particular posicionamento de Dworkin e Waldron que, em síntese, assumem ou a postura substancialista ou a procedimentalista. No entanto, adverte que o problema não se resume a “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador” (SILVA, 2009, p. 204-205). Sobre o embate procedimentalista e substancialista, *vide* também Mendes. (2011, p. 72 e 73)

do processo democrático” (PINHEIRO, 2008, p. 137-139). Embora se funde na igualdade de participação do debate democrático e vise o fortalecimento da democracia, essa linha argumentativa não é, no entanto, a mais adequada para a garantia da justiça social,

[...] sobretudo nos países em que a democracia se apresenta frágil pelo fato de a população não gozar de liberdade no sentido real, ou seja, quando a população não tem à sua disposição as prestações materiais básicas para uma existência digna. Assim, quando ausentes os aludidos ingredientes sociais numa democracia, os cidadãos assumem o papel de meros espectadores das decisões políticas, de modo que a democracia passa a apresentar caráter apenas formal. (PINHEIRO, 2008, p. 139)

A corrente substancialista, por sua vez, defendida por autores como Luigi Ferrajoli, Mauro Capelletti e, no Brasil, Paulo Bonavides, admite que a Carta Política “[...] imponha o direcionamento das ações do Poder Público, bem como de todos os cidadãos. Assim, sustentam os defensores de tal posicionamento doutrinário que a Constituição deverá traçar os rumos da sociedade e não apenas ser um reflexo desta” (PINHEIRO, 2008, p. 140). Nesse sentido, defende-se uma concepção *material* de Constituição na qual seria perfeitamente possível ao Poder Judiciário impor ao Poder Público a concretização dos direitos fundamentais.

Há, ademais, outros inúmeros argumentos contrários à intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Assim, não seria admissível a intervenção porque os juízes não estariam aptos a aquilatar as condições de natureza macroeconômica que circundam a esfera sociopolítica, porque não têm responsabilidade perante os eleitores pela execução do orçamento, não têm legitimidade democrática para interferir na formulação das políticas públicas, não possuem conhecimento técnico para aferir determinadas situações concretas nem mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais. (PINHEIRO, 2008, p. 143-145)

À vista dessas insurgências, ainda filiando-se à corrente substancialista, adverte Marcelo Rebello Pinheiro que a aludida intervenção deve ocorrer somente em casos excepcionais “[...] em que se verifique com clareza indubitável que o administrador público deixou de efetivar políticas sociais fundamentais para alocar verbas públicas em propósitos considerados, sob a ótica constitucional, como supérfluos ou desnecessários” e a fim de assegurar o *mínimo existencial*. Adverte, entretanto, o autor que não pode o Poder Judiciário permanecer alheio às demandas

sociais e negligenciar os direitos fundamentais sociais e, ao mesmo tempo, não pode “roubar a cena dos atores principais”, ou seja, dos Poderes Executivo e Legislativo, sugerindo um ponto de equilíbrio, de modo que as normas constitucionais que preveem direitos fundamentais não fiquem apenas na *forma* da lei e nem abalem o princípio da separação dos poderes. (PINHEIRO, 2008, p. 147-148)

Nesse sentido, importa trazer à colação o magistério de Virgílio Afonso da Silva que, no tocante ao aludido equilíbrio, sugere o diálogo entre os poderes, referindo-se, especialmente, ao controle de constitucionalidade por omissão, no âmbito dos direitos sociais e das políticas públicas. Argumenta o autor que:

Nesse âmbito, costumam reinar as duas alternativas acima rejeitadas: ou se defende “todo poder aos juízes”, o que costuma acarretar [...], um “voluntarismo irracional” de juízes que procuram implementar políticas públicas sem conhecer as políticas existentes; ou se defende que os juízes não podem se intrometer na esfera do Poder Legislativo, por questões de separação de poderes. Ora, se se supera essa dualidade radical, e se se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições. (SILVA, 2009, p. 222-224)

No tocante ao direito à saúde, Gabrielle Kolling e Guilherme Camargo Massauá conseguem vislumbrar perfeitamente o equilíbrio entre os poderes orientados para a concretização do direito assegurado no texto constitucional:

É a partir dessa definição que se deve pensar o direito à saúde como demanda jurídica voltada à inclusão social, para que tal direito seja pauta de discussão de direitos mínimos, exigindo-se não só a ampliação da tutela jurisdicional, mas também das políticas públicas de saúde, de sorte que a relação entre o Sistema do Direito e da Política possa resultar em Políticas Públicas de Saúde realmente eficazes. (KOLLING; MASSAUÁ, 2010, p. 39)

Do exposto, sobreleva-se a importância do Poder Judiciário, mas apenas para atuar quando o Executivo e o Legislativo se omitirem. Não haveria, nesse sentido, usurpação dos poderes constituídos, mas interlocução do Judiciário no controle de políticas públicas, uma ação corretiva.²¹ E, para suprir a omissão estatal, o Judiciário deverá avaliar os dados da realidade, buscando até mesmo subsídios em ciências não jurídicas para poder demonstrar o desacerto do ato legislativo, a adequação ou

²¹ Expressão cunhada por Conrado Hübner Mendes ao indicar elementos a favor de juízes e cortes. (MENDES, 2011, p. 70)

não das políticas estatais às diretrizes constitucionais. Só então terá condições de suprir a omissão estatal. (PINHEIRO, 2008, p. 148-149)²²

Em síntese, alega Marcelo Rebello Pinheiro que é possível a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais desde que atendidos os seguintes 'mandamentos':

[...] a) implementação dos direitos sociais é da competência dos poderes políticos, de modo que só caberia aos juízes intervir quando os outros poderes restarem omissos ou se desviarem dos preceitos constitucionais (atuação subsidiária do Poder Judiciário); b) deverá restar comprovado, pela análise percuciente de dados concretos, que os outros poderes realmente descumpriram os preceitos constitucionais (reserva de consistência); c) a intervenção do Poder Judiciário deverá ser a mínima possível, ou seja, apenas na medida necessária para conferir efetividade àquele direito fundamental social antes negligenciado; e d) não se mostra cabível a determinação judicial para que o Poder Público redirecione verba específica já alocada em orçamento. (PINHEIRO, 2008, p. 155)

Ultrapassada a questão da legitimidade na intervenção do Poder Judiciário no Poder Público, importa, ademais, destacar que se alega, com frequência, a impossibilidade de concretização dos direitos sociais prestacionais com base na repercussão gerada no orçamento público, razão pela qual seria incabível a intervenção.

Cuida-se da chamada *reserva do financeiramente possível*, ou seja, da reserva ou capacidade financeira do Estado para assegurar os direitos subjetivos públicos. Ancora-se essa teoria no poder discricionário (conveniência e oportunidade) do Poder Executivo ou do Poder Legislativo para não efetivar referidos direitos sociais. Trata-se de uma causa excludente de ilicitude do Estado que, diante de um quadro financeiro deficitário, deixa de dar efetividade a um direito fundamental social prestacional previsto na Carta Política.

Ocorre, contudo, que a referida alegação, mais do que tudo, tem natureza eminentemente política e, portanto, não legal. (CARVALHO, 2007, p. 97)²³

²² Roberto Gargarella apresenta elementos favoráveis e críticas razoáveis ao controle judicial. Nesse sentido, merece atenção a justificativa da crise dos órgãos políticos (apesar de, consoante mencionado, apresentar, também, críticas à justificativa ou, melhor, de que o legislativo e o executivo não representariam adequadamente a vontade da maioria, mas responderiam a interesses exclusivamente políticos). E, nesse sentido, as decisões judiciais viriam para *remediar* a imparcialidade das decisões legislativas e atender, bem mais, aos reclamos reais da cidadania, seus direitos fundamentais. (GARGARELLA, 1997, p. 61)

²³ Reitere-se o magistério de Wolfgang Kersting para quem os direitos humanos podem ser desrespeitados tanto por carências específicas quanto por recusas que têm motivos políticos (op. cit., p. 89, 95, 99). Dworkin refere-se ao reconhecimento dos direitos individuais como trunfos "[...]

Quanto a esse aspecto, Ferrajoli, ao referir-se ao direito à saúde, chama atenção às forças políticas que o inviabilizariam. Para referido autor, a satisfação dos direitos sociais é custosa e incompatível com a lógica do mercado ou, pelo menos, impõe limites a ele. Se, no entanto, os direitos sociais custam mais que outros direitos, serão ainda mais custosos quando não satisfeitos. (DAL BOSCO, 2010, p. 16-17)

Ainda no que se refere à reserva do possível, importa mencionar que deve ser, entretanto, sopesada à vista da teoria do *mínimo existencial* supraindicada. Segundo Adriana Val Alves Taveira:

A partir da teoria de “mínimo existencial”, da dignidade da pessoa humana, fundamenta-se o grau de essencialidade da prestação pública, que se demonstra inversamente proporcional à excepcionalidade da ação estatal, de modo que, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. (TAVEIRA, 2010b, p. 19)

Dessa sorte, é possível afirmar que a escusa do Poder Público na consecução dos direitos sociais prestacionais com fundamento na reserva do possível é inaceitável, ressalvando-se, evidentemente, a hipótese de absoluta impossibilidade:

[...] não há proibição para que o magistrado determine a realização de despesas públicas que visem satisfazer direitos fundamentais sociais, pois as normas colidentes – obrigatoriedade de previsão orçamentária e direito fundamental social – se encontram em plano hierárquico equivalente, de modo que cabe ao juiz fazer a devida ponderação, sendo que, na maior parte dos casos, a balança penderá em favor da realização do direito social, haja vista sua evidente superioridade axiológica. (PINHEIRO, 2008, p. 151-153)

Quanto ao conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial, isso foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, determinando-se ao Poder Público o fornecimento de medicamentos. Considerando tratar-se o direito à saúde de um direito fundamental indicado na carta constitucional, é de ser assegurado, ainda que por via judicial, sem qualquer ofensa à separação dos poderes. Vejamos:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE –

capazes de influenciar essas decisões políticas, direitos que o governo é obrigado a respeitar caso por caso, decisão por decisão.” (DWORKIN, 2007, p. 268).

OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – **NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL**. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, **sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.** 2. Tratando-se de direito fundamental, **incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.** 3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (STJ. Processo Agravo Regimental no 1136549 / RS - 2009/0076691-2 Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Julg. 08/06/2010. Publ. DJe 21/06/2010).²⁴ (Sem grifos no original).

REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - NECESSIDADE COMPROVADA - HIPOSSUFICIÊNCIA DO CIDADÃO - DEVER DO ESTADO - DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - REEXAME NECESSÁRIO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - SEGUIMENTO NEGADO - SENTENÇA MANTIDA [...]. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. [...] c) Ademais, o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana são consagrados pela Constituição Federal, **impondo-se ao Poder Judiciário intervir quando provocado, para torná-lo realidade, ainda que para isso resulte em impor obrigação de fazer, com inafastável repercussão na esfera orçamentária, o que, por si só, não ofende o princípio da separação dos poderes.** d) **Igualmente, o princípio da reserva do possível não pode prevalecer sobre a plena eficácia do mínimo existencial previsto na Constituição Federal.** (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 830993-5 - Londrina - Rel.: Abraham Lincoln Calixto - Unânime - J. 07.02.2012) [...] (TJPR 3. 918897-6 (Decisão Monocrática) 4ª Câmara Cível. Rel. Regina Afonso Portes, Proc. 918897-6, Julg. 24/08/2012, Publ. 28/08/2012).²⁵ (Sem grifos no original).

Os Tribunais, instados a se pronunciarem a respeito do direito à saúde consagrado na Carta Política, primam pela sua concretização, ou seja, para que

²⁴ STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=direito+sa%FAde+e+fornecimento+medicamentos&b=ACOR>. Acesso em: 3 set. 2012.

²⁵ TJPR. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em: 10 set. 2012.

deixe de permanecer na *forma* da lei e alcance plena eficácia. Nesse sentido, a Suprema Corte manifestou-se:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.** - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucionalmente.** O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucionalmente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...]. (STF. RE 393175 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Jul. 12/12/2006. Publ. 02-02-2007. Parte(s). Agravante: Estado RS; Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros).²⁶ (Sem grifos no original).

Verifica-se, consoante adverte Ferrajoli, que os direitos sociais podem ser concretizados, isto é, podem ser garantidos como os demais,

[...] porque os atos necessários para a sua satisfação seriam inevitavelmente discricionários, não formalizáveis e não suscetíveis de controle e coerção jurisdicional. Isso pode ser desmentido pela experiência jurídica mais recente, que tem ampliado a proteção jurisdicional por meio de diferentes mecanismos (medidas urgentes, ações reparatórias e similares), em especial, nos campos dos direitos à saúde, à seguridade social e a uma

26

STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITO+SA%DADE+E+FORNECIMENTO+MEDICAMENTOS%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 3 set. 2012.

retribuição justa. Esses direitos têm o valor de princípios informadores do sistema jurídico amplamente utilizados na solução de controvérsias pela jurisprudência dos tribunais constitucionais. (FERRAJOLI apud DAL BOSCO, 2010, p. 16-17)

De todo o exposto, verifica-se que o direito à saúde é um direito essencial do ser humano e, portanto, relacionado inevitavelmente à sua própria existência. Sua natureza fundamental e social prestacional impõe sua efetiva operacionalização por parte do Poder Público na forma preventiva e, no caso de omissão estatal, na forma incidental (CARVALHO, 2007, p. 95). Nesse caso, não está o Estado *legitimado* a alegar desarrazoadamente impossibilidade financeira na prestação social. O Poder Judiciário, de sua vez, está legitimado a determinar a satisfação dos direitos sociais, *in casu*, do direito aos meios de vida e aos medicamentos que se fizerem necessários para a proteção da vida e integridade física ou psíquica daqueles que deles necessitam.

NOTAS CONCLUSIVAS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a saúde pública como direito humano fundamental e sua efetiva realização na prática. Para tanto, procedeu-se à análise da legislação protetiva (Constituição Federal de 1988), da doutrina e da jurisprudência para chegar às conclusões infradestacas.

Desse modo, no primeiro momento, procedeu-se ao levantamento dos antecedentes históricos do direito à saúde, observando-se que os direitos humanos, de uma forma geral, e, particularmente, o direito à saúde não surgiram de pretensões puramente altruístas. A preocupação com a manutenção da saúde e da vida dos indivíduos e sua conseqüente proteção legal esteve imediatamente relacionada, no primeiro momento, aos interesses na produção dos indivíduos componentes da força de trabalho.

Da análise desses dois momentos preliminares ressaí a nítida separação entre a previsão legal e a materialização dos princípios consagrados na carta política ou, melhor, é possível vislumbrar uma certa perpetuação da situação de exclusão social no âmbito da saúde coletiva. Mais adiante, especialmente à vista da definição, e dos demais desdobramentos dessa definição em torno dos direitos humanos, procedida por Michel Villey e Wolfgang Kersting, além da contribuição de Carlos Frederico Marés, é possível afirmar que o direito fundamental à saúde não é, de fato,

um *direito universal*, especialmente no Brasil, em que, não raras vezes, o desrespeito existe até mesmo por motivações eminentemente políticas.

Nesse sentido, considerada a importância fundamental conferida à saúde, porque imbricada inevitavelmente com a vida, vinculam-se e impõem-se providências a toda a comunidade e ao Poder Público. Nas palavras de Germano Schwartz, impõe-se ao Estado um comportamento negativo, no sentido de abster-se de causar prejuízos à saúde da coletividade e positivo, no sentido de assegurar, na prática, políticas públicas que viabilizem a existência digna. (SCHWARTZ, 2001, p. 53, 71)

Diante do reconhecimento da importância do referido direito e da constatação da existência de um *fosso* entre o que prevê a Constituição e a realidade da saúde brasileira, impõe-se a atuação do Poder Público na sua operacionalização de forma preventiva ou incidental. É dizer que não basta reconhecer o direito à saúde, pois importa que seja concretizado através de políticas assistenciais que viabilizem a existência humana com qualidade, ainda que para isso seja necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido, procedimentalistas e substancialistas apresentam diferentes argumentos a respeito da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no Poder Público. Não obstante os argumentos apresentados pelos procedimentalistas, especialmente no sentido de usurpação dos poderes constituídos democraticamente, o caso é de se acatarem os argumentos dos substancialistas, especialmente no sentido de atuação fundamental e imprescindível do Poder Judiciário para garantir o mínimo para assegurar a existência com dignidade. Essa atuação, porém, deve ser subsidiária, isto é, quando houver omissão estatal na consecução do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iório (Coord.). **Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**: legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista Sociol. Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007.

CARVALHO, Mariana Siqueira. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1998. **Revista de Direito Sanitário**, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003.

CARVALHO, Patrícia Luciane. O acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas junto à ordem jurídica brasileira. **Revista CEJ**, Brasília, ano 11, n. 37, p. 94-102, abr./jun. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. O abuso nas patentes de medicamentos. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792011000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 5 set. 2012.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/oms.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2012.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos: pacto San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centroestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

COSTA, Ediná Alves. **Vigilância sanitária, saúde e cidadania**. Belo Horizonte, MG: Coopmed, 2001.

DAL BOSCO, Maria Goretti. Direitos fundamentais sociais: o direito à saúde no Brasil e nos países do Leste Europeu, segundo a perspectiva garantista de Ferrajoli. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 9-22, 2º sem. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A vigilância sanitária no contexto constitucional e legal brasileiro**. Belo Horizonte, MG: Coopmed, 2001.

_____. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/onu3.htm#Artigo23>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

DIAS, Hélio Pereira. **Direito sanitário**. Disponível em: <http://www.anvs.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Edilson P. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Brasília, DF: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Manual de Direito Constitucional**. Curitiba, PR: Juruá, 1998.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía**, n. 6, p. 55-70, abril. 1997.

GELIS FILHO, Antônio; GELIS FILHO, Antonio. Globalização, serviços de saúde e Direito Internacional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 63-64, nov. 2001.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2003 (Coleção Filosofia, 162).

KOLLING, Gabrielle; MASSAÚ, Guilherme Camargo. Cidadania supranacional e o direito à saúde. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 37-60, 2º sem. 2010.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo as pontes com o público e o privado. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Os direitos sociais e o poder judiciário: o caso da saúde. In: SYDOW, Evanize; MENDONÇA, Maria Luisa (Org.). **Relatório de direitos humanos no Brasil 2009**. São Paulo: Fundação Heinrich Böll; Global Exchange, 2009.

MARÉS, Carlos Frederico. **A universalidade parcial dos direitos humanos** (Trabalho preparado especialmente para o Taller ILSA Región Andina “Los derechos indígenas em ela actual contexto latinoamericano”. Quito, 27/29 de outubro de 1994). Curitiba, 25 out. 1994.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Direito público sanitário constitucional. In: ARANHA, Márcio Iório (Coord.). **Curso de extensão em direito sanitário para membros do ministério público e da magistratura federal**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002. p. 40-43.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 2, n. 3, nov. 2001.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008, Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf>. Acesso em: 1º set. 2012.

RENANE. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renane2010final.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999. p. 38-39.

SANTOS, Fernando F. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, p. 197-227, 2009.

SOARES, Guido F. S. Aspectos internacionais da segurança sanitária num mundo globalizado: o regulamento sanitário internacional e a organização mundial do comércio. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO SANITÁRIO, 5., 1999, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999. p. 151-175.

STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=direito+sa%FAde+e+fornecimento+medicamentos&b=ACOR>. Acesso em: 3 set. 2012.

STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>

s1=%28DIREITO+SA%DADE+E+FORNECIMENTO+MEDICAMENTOS%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 3 set. 2012.

TAVEIRA, Adriana Val; ALMEIDA, Luana Michalski. Direitos sociais, saúde e políticas públicas. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 85-87, 2º sem. 2010.

_____. Direitos sociais e a “reserva do possível”. **Revista da Faculdade Metropolitana de Maringá – Unifamma**, v. 9, n. 1, p. 9-22, nov. 2010.

TJPR. Disponível em:
<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType =pesquisar>>.
Acesso em: 10 set. 2012.

Artigo recebido em: Fevereiro/2015
Aceito em: Maio/2015