

O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil¹

Ingo Wolfgang Sarlet*
Mariana Filchtiner Figueiredo**

I - O direito fundamental à saúde no âmbito da evolução constitucional brasileira e os principais instrumentos legislativos para sua regulação.

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante designada CF), que a liga ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra. Sem que ainda se pudesse falar de um “direito fundamental à saúde”, a proteção constitucional existente antes de 1988 limitava-se a normas esparsas, valendo referência a garantia de “socorros públicos”, prevista na Constituição de 1824 (art. 179, XXXI), e a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência, estabelecida pela Constituição de 1934 (art. 113, *caput*). De modo geral, contudo, não se pode falar de uma efetiva proteção da saúde como tal, já que os textos constitucionais anteriores cingiam-se a incluir a saúde como objeto das normas de atribuição de competências, legislativas e executivas², ou a outorgar uma proteção apenas indireta, dentre os direitos do trabalhador e normas de assistência social³. Nesse contexto, ademais, cabe assinalar a inexistência de disposições acerca da participação da iniciativa privada na proteção ou prestação de saúde – o que também se explica pela contemporaneidade dos planos de saúde como fenômeno social, cujo recrudescimento ocorreu a partir do final dos anos de 1990 e já de um modo diverso daquele encontrado nos institutos de assistência e caixas de pensões.

¹ O presente artigo consiste em versão revista, atualizada, parcialmente reestruturada para a presente coletânea (ampliada quanto a alguns pontos, reduzida quanto a outros) do trabalho originalmente publicado sob o título “Algunas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos vinte anos da Constituição Federal de 1988”, na Revista de Direito do Consumidor nº 67, 2008, p. 125-172, objeto de tradução para o espanhol e publicação sob o título “Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988” (trad. Maruja Cabrera de Varese) in: COURTIS, Christian y SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores), La protección judicial de los derechos sociales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito: Equador, 2009, p. 241- 299.

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Munique. Estudos em nível de Pós-Doutorado em Munique (bolsista CAPES/DAAD e Max-Planck) e Georgetown. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e Ciências Criminais da PUCRS. Representante brasileiro e correspondente científico junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique). Professor Visitante e Orientador de Teses no Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), Professor Visitante e Pesquisador pelo Programa Erasmus Mundus na Universidade Católica Portuguesa (Lisboa). Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS). Pesquisador-visitante na Harvard Law School. Juiz de Direito em Porto Alegre.

** Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Municipal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRITTER). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (GEADF), vinculado à PUCRS e ao CNPq. Advogada da União.

² Nesse sentido: Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

³ Por exemplo: Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV.

A atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da Constituição Federal de 1988, rompendo com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e atendendo, de outra parte, às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, consolidadas, especialmente, nas conclusões da VIII Conferência Nacional de Saúde⁴. A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) decorrem, portanto, da evolução dos sistemas de proteção antes instituídos em nível ordinário⁵, assim como algumas das principais características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde são também reflexos desse processo, dentre as quais: a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde; f) a submissão do setor privado às normas do sistema público de saúde⁶.

Além de considerações mais específicas acerca do regime jurídico do direito à saúde, a serem desenvolvidas nos tópicos subseqüentes, importa ainda lembrar que o delineamento constitucional do direito à saúde guarda relação e uma constante abertura ao Direito Internacional. Nesse aspecto, e apenas a título ilustrativo, podem ser destacadas as seguintes normas: Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966⁷, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica”⁸, arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”⁹, art. 10 (direito à saúde); Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito)¹⁰.

⁴ Como informa Ana Paula Raeffray, as Conferências Nacionais de Saúde foram instituídas em 1937, pela Lei nº 378, tendo por escopo facilitar o conhecimento, por parte do Governo Federal, acerca das atividades relativas à saúde no país, assim como orientar a execução dos serviços locais – o que ficou muito evidenciado na VIII Conferência, em 1986. Cf. RAEFFRAY, A. P. O. de. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

⁵ Cabe lembrar, como primeiras tentativas de sistematização do setor da saúde, o Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975 e, já em 1987, o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

⁶ RAEFFRAY, A. P., op. cit., 262 e ss.

⁷ O PIDESC foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

⁸ O Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e promulgado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁹ O Protocolo de São Salvador foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto nº 3.371, de 31 de dezembro de 1999.

¹⁰ VANDERPLAAT, M. “Direitos Humanos: uma Perspectiva para a Saúde Pública.” In: *Saúde e Direitos Humanos*. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos

II. Contornos do regime jurídico-constitucional do direito à saúde.

2.1. Generalidades.

Questão preliminar, que antecede à análise do regime jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde, diz respeito ao reconhecimento das interconexões que há entre a proteção da saúde, individual e coletivamente considerada, e uma série de outros direitos e interesses tutelados pelo sistema constitucional pátrio. Nesse sentido, assume particular relevância a compreensão de que a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais, com os quais apresenta zonas de convergência e mesmo de superposição (direitos e deveres), fato que reforça a tese da interdependência e mútua conformação de todos os direitos humanos e fundamentais¹¹. Dentre esses bens constitucionais podem ser citados, a título ilustrativo, a vida, a dignidade da pessoa humana, o ambiente, a moradia, a privacidade, o trabalho, a propriedade, a seguridade social, além da proteção do consumidor, da família, de crianças e adolescentes, dos idosos. Tal fato é reforçado, ademais, pela noção de “intersectorialidade”, a que alude a Declaração de Alma-Ata, de 1978, que nada mais significa senão que a efetivação do direito à saúde não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas, diversamente, na medida em que compreendido como garantia de qualidade mínima de vida, depende da consecução de políticas públicas mais amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo compromisso com as futuras gerações¹². Refira-se, aliás, que

e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 27-33. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf, acesso em 31-05-2008. A Declaração foi resultado da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata, na antiga União Soviética (URSS), entre 06 e 12 de setembro de 1978.

¹¹ Cf. LOUREIRO, J. C. “Direito à (proteção da) saúde”. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2006, p. 657-692 (especialmente p. 660 e ss). Em direção semelhante, cf.: BIDART CAMPOS, G. J. “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, in MACKINSON, G.; FARINATI, A. *Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y Desarrollo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 21-28; e, na mesma obra coletiva, CAYUSO, S. G. “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, p. 29-45, em que destaca, com base na jurisprudência argentina, que “la consideración de la salud como valor en sí, conectable pero no subordinable a intereses internos” (p. 37).

¹² Neste sentido, Ana Cleusa Serra Mesquita lembra que “a atuação sobre os fatores socioeconômicos que influenciam as desigualdades nos padrões epidemiológicos é mais complexa por se tratar de um campo de interseção com outras áreas da política social (habitação, saneamento, educação etc)”. Cf. MESQUITA, A. C. S. “Análise da Distribuição da Oferta e da Utilização de Serviços Públicos de Saúde no Âmbito Nacional”. Brasília, 2008, p. 05. Disponível in: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_servicos_publicos_saude.pdf, acesso em 24-05-2008. Em sentido semelhante, documento do Ministério da Saúde afirma que o princípio da equidade quanto às condições de saúde da população brasileira ainda estaria muito distante de sua efetivação, e ressalta que “[a] maior causa é intersectorial, com a iniquidade e desigualdade da oferta de bens geradores da qualidade de vida, tais como: renda familiar, trabalho (urbano e rural), emprego, habitação, segurança, saneamento, segurança alimentar, Equidade na qualidade de ensino, lazer e outros”. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *O Desenvolvimento do Sistema Único de Saúde: avanços, desafios e reafirmação de seus princípios e diretrizes*. 2 ed. atual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 23-24. Disponível in: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/desenvolvimento_sus_avancos_diretrizes_2ed.pdf, acesso em 24-05-2008. Relacionando as condições de saúde dos indivíduos à qualidade de vida e ao ambiente, natural e construído, no sentido de que os benefícios do lugar onde estejam as pessoas, inclusive no sentido dos equipamentos disponibilizados, são essenciais à garantia de qualidade de vida e bem-estar, consultar MAGALHÃES, R. “Desigualdades sociais e equidade em saúde”. In: *Saúde e Direitos Humanos*. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 65-66. Disponível em <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e->

estudo publicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS)¹³ demonstra a existência de diferenças radicais nas condições de saúde de pessoas pertencentes a diferentes grupos populacionais, inclusive dentro de um mesmo (e desenvolvido) país, fato que afasta a consideração de fatores meramente biológicos para destacar, como causa principal do problema, as assim designadas “determinantes sociais de saúde”, ou seja, “o ambiente no qual as pessoas nascem, vivem, crescem, trabalham e envelhecem”¹⁴.

Tais considerações bem demonstram que qualquer análise a respeito da efetivação do direito à saúde, sobretudo no que concerne ao planejamento de políticas públicas e ao incremento de medidas para atingir níveis adequados de proteção e promoção, não pode prescindir de uma perspectiva intersetorial, que leve em consideração a transversalidade e a interdisciplinaridade que marcam esse direito fundamental.

2.2. A dupla fundamentalidade formal e material do direito à saúde.

O direito à saúde comunga, na ordem jurídico-constitucional brasileira, da dupla fundamentalidade formal e material de que se revestem os direitos e garantias fundamentais em geral, sobretudo em função do regime jurídico privilegiado que lhes outorgou a Constituição de 1988¹⁵. A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à

direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf, acesso em 31-05-2008. No âmbito do direito internacional, como lembra Helena Nygren-Krug, o 14º Comentário-Geral do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) “interpretou o direito à saúde como um direito inclusivo”, levando em conta, além da assistência à saúde propriamente dita (cuidados e acesso), “os recursos, a aceitação de práticas culturais, a qualidade dos serviços de saúde, mas também destacou os determinantes sociais de saúde correlacionando-os ao acesso à água de boa qualidade e potável, ao saneamento adequado, à educação e à informação em saúde”. In: NYGREN-KRUG, H. “Saúde e direitos humanos na Organização Mundial da Saúde”. In: *Saúde e Direitos Humanos*. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 15. Disponível em http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf, acesso em 31-05-2008. No campo específico da assistência farmacêutica, voltada ao fornecimento de medicamentos, uma das propostas apresentadas como resultado da Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica aponta exatamente para a necessidade de um diálogo intersetorial com todos os atores envolvidos na questão, a fim de discutir os princípios da universalidade e equidade no acesso aos medicamentos, os critérios de acesso e a sustentabilidade do próprio SUS. Conferir: BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica: relatório final: efetivando o acesso, a qualidade e a humanização na assistência farmacêutica, com controle social. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 48. In: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/confer_nacional_de%20medicamentos.pdf, acesso em 25-05-2008. Finalmente, entre os enfoques da atual política de saúde do Ministério da Saúde, para os anos 2008-2011, destaca-se a intersetorialidade, pela “percepção de que a qualidade de vida resulta da convergência de um amplo leque de políticas – indo do saneamento, da habitação, da educação e da cultura até as políticas voltadas para a geração de renda e emprego”. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. *Mais saúde: direito de todos: 2008-2011*. 2 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 13. In http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mais_saude_direito_todos_2ed.pdf, acesso em 25-05-2008.

¹³ O relatório, publicado em 28-08-2008, intitula-se “*Comblent le fossé en une génération: instaurer l’équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux de la santé*”. Disponível em http://whqlibdoc.who.int/hq/2008/WHO_IER_CSDH_08.1_fre.pdf, acesso em 04/09/2008.

¹⁴ Tradução livre do original francês; cf. “Une Commission de l’OMS constate que les inégalités ‘tuent à grande échelle’”. Disponível em <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2008/pr29/fr/print.html>, acesso em 04-09-2008. A respeito do estudo, conferir, ainda, RIMBERT, P. “L’injustice sociale tue”, publicado na versão eletrônica de Le Monde Diplomatique. In: <http://www.monde-diplomatique.fr/imprimer/16312/1fc55feb74>.

¹⁵ Nesse sentido, cf. SARLET, I. W. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”. In: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001; MOLINARO, C. A.; MILHORANZA, M. G. “Alcance Político da Jurisdição no Âmbito do Direito à Saúde”. In: ASSIS, A. de. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*, Porto Alegre:

relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia, no caso da saúde, por sua importância como pressuposto à manutenção e gozo da própria vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade¹⁶. Já a fundamentalidade formal decorre do direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia formal e axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (“cláusulas pétreas”) da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por certa parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2º do mesmo artigo 5º da CF. Considerando a evolução na esfera doutrinária e jurisprudencial, verifica-se, contudo, que nem sempre o pleno regime jurídico da fundamentalidade é reconhecido, havendo, de resto, acirrada discussão sobre diversos dos seus aspectos – o que será considerado mais adiante.

2.3. O dever fundamental de proteção e promoção da saúde.

Para além da condição de direito fundamental, a tutela jusfundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental, conforme positiva o texto do artigo 196 da CF: “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. Trata-se, portanto, de típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental¹⁷. Por esta mesma razão, e já antecipando o que será exposto com maior detalhe mais adiante, o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado. Sem prejuízo de outras possíveis concretizações, pode-se desde logo identificar uma dimensão defensiva no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de insumos e produtos

Notadez, 2007, p. 220 e ss.. Ainda: FIGUEIREDO, M. F. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

¹⁶ Em vista disso, é possível sustentar que, ainda que não tivesse sido positivado explicitamente no texto constitucional, o direito à saúde certamente poderia ser admitido como direito fundamental implícito, à semelhança do que acontece em outros sistemas jurídicos – como é o caso da Alemanha¹⁶, por exemplo. Não fosse isso suficiente, a cláusula de abertura inserida no § 2º do artigo 5º da CF permite a extensão do regime de jusfundamentalidade, especialmente a presunção em favor da aplicabilidade imediata e, pois, do mandado de otimização, previstos pelo § 1º do mesmo dispositivo constitucional, a outras normas relacionadas com o direito à saúde, ainda que externas ao catálogo dos artigos 5º e 6º da CF. O que parece certo, ao fim e ao cabo, é que uma ordem constitucional que protege os direitos à vida, à integridade física e corporal e ao meio ambiente sadio e equilibrado evidentemente deve salvaguardar a saúde, sob pena de esvaziamento (substancial) desses demais direitos.

¹⁷ Sobre os deveres fundamentais, cf. SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 226 e ss; NABAIS, J. C. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 197 e ss. Acerca da concepção de dever fundamental, decorrente do direito à saúde, cf. FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 86 e ss.

até o controle sanitário de fronteiras; e uma dimensão prestacional *lato sensu*, no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública. Isso evidencia o caráter peculiar de alguns deveres fundamentais, que ademais de se fazerem cogentes no âmbito das relações individuais (e o dever geral de respeito à saúde pública e dos demais, e mesmo um dever de proteção e promoção da saúde de cada pessoa consigo mesma¹⁸ talvez constituam o melhor exemplo disso), dão origem a deveres de natureza política (como os deveres de elaboração e implementação de políticas públicas direcionadas à realização do direito à saúde, à concretização do SUS e à alocação dos recursos orçamentários conforme os patamares mínimos constitucionalmente estabelecidos para a área da saúde), tanto quanto deveres econômicos, sociais, culturais e ambientais (v.g., o controle do mercado de assistência à saúde, pela intervenção direta do Estado na esfera dos planos de saúde privados e na regulação dos preços de medicamentos; a implementação de programas sociais de saúde, notadamente pela assistência a grupos desfavorecidos, inclusive em função do tipo de doença que os acometa [doenças da “pobreza”, doenças raríssimas, epidemias, etc.]; a inserção da saúde nos currículos escolares e as campanhas de prevenção de cunho [in]formativo; o controle de poluição, o licenciamento ambiental, a fiscalização sobre uso e ocupação do solo, urbano e rural, etc.).

Nesse contexto, pode-se observar que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, a depender do seu objeto, podem impor obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde, ou obrigações de tipo derivado, sempre que dependentes da superveniência de legislação infraconstitucional reguladora, cuja hipótese mais eloquente talvez se encontre na obediência às mais variadas normas em matéria sanitária (nos campos penal, administrativo, ambiental, urbanístico, etc.). Ademais, se os exemplos demonstram que o principal destinatário dos deveres fundamentais é certamente o Estado, fato reiterado pelas expressões usadas no texto constitucional, isso não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas. No caso brasileiro, é preciso destacar a existência de deveres impostos aos particulares e que são diretamente decorrentes da garantia da saúde, como dá conta a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), cujo artigo 2º, depois de elencar obrigações contidas no dever estatal de efetivação do direito à saúde, explicita que “[o] dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Relewa notar, a propósito da participação da iniciativa privada, que a própria Lei Orgânica da Saúde já trata de esclarecer que se destina à regulação das ações e dos serviços de saúde “*executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado*”, tudo a indicar, na esteira da previsão constitucional, que o SUS abrange não somente a proteção e promoção da saúde pelo Poder Público, mas envolve também a iniciativa privada, igualmente submetida, ainda que se possa discutir eventuais peculiaridades, aos mesmos princípios e diretrizes, constitucionais e legais¹⁹.

¹⁸ A partir daí, tem sido reconhecida até mesmo a possibilidade de intervenção do Estado objetivando a proteção da pessoa contra si própria, em homenagem ao caráter (ao menos em parte) irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais – hipótese dos casos de internação compulsória e de cogente submissão do indivíduo a determinados tratamentos –, aspecto que, por sua vez, guarda relação com os conflitos entre os direitos e deveres relativos à saúde e a outros bens fundamentais.

¹⁹ Em sentido semelhante, conferir SALAZAR, A. L.; GROU, K. B.; SERRANO JR., V. “Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação”. In: MARQUES, C. L. [et al.] (coord.) *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 198-200.

Neste sentido, aliás, cumpre destacar que a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um²⁰, no âmbito daquilo que Canotilho denomina de uma responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*)²¹, cujos efeitos se projetam no presente e sobre as futuras gerações^{22 23}, como já reconhecido na seara do direito ambiental. De modo semelhante, é possível argumentar que princípio da subsidiariedade (aqui também visualizado na sua conexão com o princípio e dever de solidariedade), especialmente quando compreendido num sentido horizontal, sugere que o reconhecimento de deveres entre particulares, no que concerne a medidas de proteção e promoção da saúde, retoma a idéia de um “suporte recíproco” e de um “movimento circular na esfera pública”, mais do que propriamente a prevalência dos setores público ou privado, tal como propõe Giuseppe Cotturri, ao analisar o novo artigo 118 da Constituição Italiana²⁴. O que importa relevar, ainda, é que se os deveres fundamentais não se confundem com os limites e restrições aos direitos fundamentais, podem justificá-los em certas hipóteses, resguardados o núcleo essencial dos direitos e a parcela de conteúdo que densifique a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, conformando, então, o âmbito de proteção do direito fundamental de que se cuida na hipótese concreta.

²⁰ Nesse sentido, cf. CASAUX-LABRUNÉE, L. “Le ‘droit à la santé’”. In CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M-A; REVET, T. *Libertés et droits fondamentaux*. 6 ed. rev. e aum. Paris: Dalloz, 2000, p. 631 e ss.

²¹ Cf. CANOTILHO, J. J. G. “O direito ao ambiente como direito subjectivo”. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 178.

²² “No caso das políticas de saúde é especialmente importante atentar para o fato de que muitas vezes a boa saúde de um indivíduo depende da boa saúde dos demais. As implicações da saúde de um indivíduo extrapolam esse indivíduo, gerando o que em economia se denomina externalidades” e determinando uma abordagem coletiva das questões de saúde, a relevar a aplicação de critérios epidemiológicos na alocação dos recursos públicos, conforme leciona Marcelo Medeiros. Cf.: “Princípios de Justiça na Alocação de Recursos em Saúde”. Texto para discussão nº 687, Rio de Janeiro, dezembro de 1999 – ISSN 1415-4765. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Curso de Iniciação em Economia da Saúde para os Núcleos Estaduais/Regionais*, p. 52-53. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf, acesso em 24-05-2008. Dentre muitos exemplos que poderiam ser enumerados para ilustrar “externalidades” na área da saúde, podem ser lembrados alguns mais comuns: as vacinas, que ao proteger a pessoa ou o animal vacinado, diminuem a possibilidade geral de contágio, pela redução dos possíveis vetores; os antibióticos, que utilizados por uma pessoa repercutem sobre toda a comunidade na qual esteja inserida, pois quanto mais complexo o antibiótico usado, mais agressivos se tornam os agentes biológicos da doença para todos os (possíveis) atingidos; a dengue, cujo controle eficiente ou precário está essencialmente ligado às condutas de prevenção praticadas por cada membro da comunidade.

²³ Em interessante estudo, João Arriscado Nunes e Marisa Matias exploram a noção de “saúde sustentável”, como “resultado emergente da intersecção de processos ecológicos, sociais, tecnológicos e políticos”, cuja abrangência (no espaço e no tempo) e complexidade, “requerem o desenvolvimento de novas abordagens para o desenho, a realização e a avaliação das políticas ambientais e das tecnologias ‘amigas do ambiente’ e da forma como as intervenções no campo da saúde coletiva e da oferta de cuidados de saúde são guiadas por preocupações com a justiça social e ambiental e pela ação precaucionária”. Cf. NUNES, J. A.; MATIAS, M. “Rumo a uma Saúde Sustentável: saúde, ambiente e política”. In: *Saúde e Direitos Humanos*. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 3 (2006), n. 3. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 11. Disponível em http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2006.pdf, acesso em 31-05-2008.

²⁴ Cf. COTTURRI, G. “Culture e soggetti della sussidiarietà”. In: *LABSUS Papers* (2007), Paper n. 2, p. 1-2 e p. 11. Disponível em: http://www.labsus.org/media/Cotturri_2.pdf, acesso em 14-04-2010. Refere ainda o autor: “o interesse pela subsidiariedade está em fazer possível aquilo que nem os particulares sozinhos, nem a Administração Pública somente, podem fazer” – idéia de todo afinada com o marco regulatório brasileiro no que se reporta ao direito à saúde. Idem, p. 14 (tradução livre).

2.4. Conteúdo do direito fundamental à saúde.

Uma das questões mais intrincadas a respeito da interpretação das normas constitucionais que asseguram o direito fundamental à saúde diz respeito à determinação do conteúdo que daí pode ser depreendido e exigido, uma vez que o texto de 1988, salvo algumas pistas, não especifica o que estaria incluído na garantia de proteção e promoção da saúde²⁵. Certo, porém, é que essa circunstância não pode ser legitimamente utilizada como argumento a afastar a possibilidade de intervenção judicial, embora indique, por sua vez, a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da Administração Pública. De qualquer modo, na esteira do que já foi referido, a Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, tal qual proposta pela OMS, de tal sorte que para além de uma noção eminentemente curativa, o direito à saúde compreende as dimensões preventiva e promocional, que, no seu conjunto, formam o objeto e a baliza de sua tutela jusfundamental. Nessa direção, parece mais apropriado falar-se não simplesmente em direito à saúde, mas no direito à proteção e à promoção da saúde²⁶, inclusive como “imagem-horizonte”²⁷ a ser perseguida. Seguindo as diretrizes do texto do artigo 196 da CF, tem-se a “recuperação” como referência à concepção de “saúde curativa”, ou seja, à garantia de acesso, pelos indivíduos, aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos)²⁸. Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-se à noção de “saúde preventiva”, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de deveres específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas²⁹ – o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde e com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescrevem, respectivamente, os artigos 2º e 12 do PIDESC³⁰.

Outrossim, deve-se assinalar que o direito fundamental à saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra

²⁵ Sobre o ponto, consultar FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 81 e ss.

²⁶ Valem aqui as observações feitas, no âmbito do direito francês, por CASAUX-LABRUNÉE, L., lembrando que a saúde não é um bem disponível, que possa ser conferido a alguém, razão pela qual pode ser apenas resguardado e promovido. Cf. op. cit., p. 617-619. Também LOUREIRO, J. C. “Direito à (proteção da) saúde”, op. cit., 2006.

²⁷ SCLIAR, M. *Do mágico ao social: A trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 32-33.

²⁸ Nesse sentido, Rodolfo Arango colaciona interessante precedente, no qual a Corte Constitucional da Colômbia (sentença T-001, de 1995) refere que a noção de cura “não necessariamente implica erradicação total dos sofrimentos, senão que envolve as possibilidades de melhoria para o paciente, assim como os cuidados indispensáveis para impedir que sua saúde se deteriore ou diminua de maneira ostensiva, afetando sua qualidade de vida”. Cf. ARANGO, R. “O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 728.

²⁹ SCHWARTZ, G. A. D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27 e p. 98-99. Como assinala Germán Bidart Campos, “no es buena una calidad de vida cuando una persona no dispone de cuanto es imprescindible para la atención de la salud” (op. cit., p. 24).

³⁰ Art. 12, 1: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental (v.g., organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc; a regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde; a organização e o controle da participação da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde; o estabelecimento de instituições e órgãos de promoção das políticas públicas de saúde, assim como de defesa dos titulares desse direito fundamental, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública, abrangendo, ademais, instrumentos processuais adequados para tanto). Por sua vez, como direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde abarca as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc.). Nesse contexto, salienta-se a tendência crescente no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileira, no sentido da afirmação da exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas ao assim chamado mínimo existencial, que, de acordo com a compreensão prevalente, vai além da mera sobrevivência física, para albergar a garantia de condições materiais mínimas para uma vida saudável³¹ (ou, pelo menos, o mais próximo disso, de acordo com as condições pessoais do indivíduo) e, portanto, para uma vida com certa qualidade³². De igual modo, no que diz respeito à efetivação do direito à saúde entre os particulares, vale registrar a existência de expressiva jurisprudência reconhecendo posições subjetivas dos titulares de planos de saúde frente às respectivas operadoras, sobretudo para coibir, mediante o enquadramento como cláusula abusiva (portanto, mediante uma proteção reforçada pela aplicação, aos planos de saúde privados, das normas de proteção do consumidor, igualmente objeto de amparo constitucional³³), diversas restrições à cobertura previstas em contratos de planos de saúde, como é o caso dos dias de internação hospitalar³⁴, das doenças abrangidas³⁵ e do tipo de tratamento fornecido³⁶, neste caso abrangendo a

³¹ Reportamo-nos aqui ao conceito de dignidade da pessoa humana formulado por SARLET, I. W., *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70, no sentido de que, na sua dupla dimensão positiva (prestacional) e negativa (defensiva), a dignidade da pessoa humana consiste na “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como *venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável*, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

³² Traçando alguns parâmetros de concretização do mínimo existencial relativamente ao direito à saúde, cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53 (especialmente p. 42-49); e FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 204 e ss.

³³ Ver, por todos, Cláudia Lima Marques: “Para bem analisar a relação entre o Código de Defesa do Consumidor – CDC e a legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde e identificar se existe conflito de normas, sugerindo formas para sua resolução, gostaria de destacar [...] a origem constitucional do CDC, a superior hierarquia da proteção do consumidor como direito e mandamento constitucional (art. 5º, XXXII, da CF/88) e como limite constitucional à livre iniciativa dos operadores de planos privados de assistência à saúde (art. 170, V, da CF/88)”. SCHMITT, C. H.; MARQUES, C. L. “Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor”. In: MARQUES, C. L. [et al.] (coord.), op. cit., 2008, p. 110.

³⁴ A controvérsia é objeto da Súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça (DJ 22-11-2004): “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

³⁵ Nesse sentido, conferir o REsp nº 729.891/SP, em que, a partir da jurisprudência já firmada contrariamente à exclusão de tratamento da AIDS, foi considerada abusiva cláusula de contrato de seguro-saúde que excluía da

discussão do objeto da prestação (medicamentos, próteses, *stents*, exames, etc.), apenas para citar exemplos mais comuns³⁷.

De outra parte, cabe referendar o reconhecimento de uma relevante dimensão objetiva do direito à saúde, que, para além dos outros efeitos decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem justificado a imposição de deveres de proteção ao Estado e aos particulares, direta ou indiretamente fundados no texto constitucional (deveres originários e deveres derivados, respectivamente), tudo como já mencionado. Além disso, a dimensão objetiva do direito à saúde respalda a extensão da tutela jusfundamental ao próprio Sistema Único de Saúde (SUS), como típica garantia institucional, estabelecida e regulada originariamente em nível constitucional³⁸, o que, por sua vez, será objeto de considerações adicionais logo mais adiante.

2.5. Titulares e destinatários do direito fundamental à saúde.

O artigo 196 do texto constitucional desde logo aponta o caráter de universalidade do direito à saúde (e do próprio SUS), como direito de todos e de cada um, na esteira do disposto no artigo 5º, *caput*, da CF. Vigente, pois, o princípio da universalidade, no sentido de que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, o que não impede diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando sopesada com o princípio da igualdade – o que é o bastante para demonstrar que, embora correlacionados, tais princípios não se confundem³⁹. A partir disso é possível sustentar-se, em linha de princípio, a

cobertura o tratamento de doenças infectocontagiosas – no caso examinado, Hepatite “C” (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14-05-2007).

³⁶ Cf., v.g., o julgamento do REsp nº 668.216/SP, em que foi julgada abusiva a cláusula que restringia a cobertura de plano de saúde a apenas alguns tipos de tratamentos, porque equivaleria, na prática, à própria ausência de cobertura, afirmando que o plano de saúde deve alcançar o tratamento da doença, e não medidas terapêuticas isoladas. No caso, o contrato abrangia o tratamento contra o câncer, mas excluía a possibilidade de custeio de quimioterapia (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Calos Alberto Menezes Direito, DJ 02-04-2007).

³⁷ Além desses, não se pode deixar de mencionar a discussão existente a respeito da possibilidade de aplicação da Lei nº 9.656/98 aos planos de saúde já firmados anteriormente, atualmente pendente de decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 1.931/DF. Julgando a medida cautelar, pronunciou-se o STF pela suspensão da eficácia, até decisão final da ação, do art. 35-G, *caput*, inc. I a IV, § 1º- inc. I a IV e § 2º, da Medida Provisória nº 1.703-7/1998, com a redação e renumeração para art. 35-E, dada pela Medida Provisória nº 1.908-18/1999, que alterava a Lei nº 9.656/98, por alegada ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), para fixar que as normas (protetivas) da Lei nº 9.656/98 não alcançam os denominados contratos “antigos” de saúde, isto é, os contratos firmados anteriormente a 03 de junho de 1998 (ADI-MC nº 1.931/DF, DJ 28-05-2004). Além disso, o STF reconheceu a repercussão geral da questão: “EMENTA: DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEIS SOBRE PLANOS DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Há repercussão geral na questão sobre a aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde aos contratos firmados antes da sua vigência, à luz do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República” (RE-RG 578.801/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE nº 206, publ. 31-10-2008). A doutrina, contudo, quando não afirma a possibilidade de aplicação das normas protetivas eventualmente previstas pela Lei nº 9.656/98, seja pela natureza constitucional do dever de proteção do consumidor (e paciente), seja pelo caráter dos próprios contratos, cativos, de trato sucessivo e longa duração, não deixa dúvida quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) sobre esses mesmos contratos. A título ilustrativo, confirmam-se os artigos publicados nas duas coletâneas organizadas, entre outros, por Cláudia Lima Marques: MARQUES, C. L. [et al.] (coord.) *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; e MARQUES, C. L. [et al.] (coord.), 2008, op. cit. Em sentido semelhante, SCHULMAN, G. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁸ Sobre as garantias institucionais, consultar SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 148 e 180 e ss. Sobre o SUS, como garantia institucional, cf. FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 45-46.

³⁹ Para maior aprofundamento, no que concerne à titularidade dos direitos fundamentais em geral, conferir SARLET, I. W., 2009, p. 208 e ss.

titularidade universal do direito à saúde, respaldada em sua estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem exceções, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Ressalve-se que nem mesmo as políticas públicas atualmente vigentes dão amparo a esse tipo de interpretação restritiva, na medida em que apresentam caráter nitidamente inclusivo, como são exemplo alguns programas especiais de assistência à saúde, seja porque dirigidos a grupos populacionais especiais dentro do território nacional, como no caso dos povos indígenas, seja porque voltados à população estrangeira que acorre aos serviços públicos nas cidades da fronteira terrestre do Brasil⁴⁰, demonstrando, enfim, que o caminho não é a exclusão. Não há confundir, entretanto, a titularidade universal do direito fundamental com a universalidade do acesso ao SUS, especialmente no que concerne à assistência pública à saúde, aspecto que poderá eventualmente sofrer objeções diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo se tiverem por escopo a garantia de equidade do sistema como um todo – ou seja, a concretização do princípio da igualdade em sua dimensão material, justificando, a final, discriminações positivas em prol da diminuição das desigualdades regionais e sociais, ou da justiça social, por exemplo.

De outra parte, importa ressaltar que o direito à saúde, à semelhança dos demais direitos socioambientais, apresenta uma titularidade simultaneamente individual e coletiva (ou difusa), que não se esgota em nenhum desses aspectos e permite, com isso, que a exigibilidade (justiciabilidade) desse direito se dê por intermédio de ações individuais e de procedimentos coletivos, segundo as circunstâncias do caso concreto. A caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção da vida de cada um, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade da pessoa humana individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada pessoa. Cabe recordar que os direitos fundamentais, individuais ou sociais, possuem caráter nitidamente contra-majoritário⁴¹, que se efetiva não somente por meio de limitações impostas no âmbito do processo legislativo, mas pelo controle judicial amplo, com acesso à tutela judicial efetiva e adequada à proteção da pessoa humana, em sua dimensão individual e social.

Além disso, a terminologia utilizada (“direito social”), atribuída, entre outros, ao direito à saúde, não se confunde com a noção de titularidade individual e/ou plural dos direitos fundamentais, nem guarda relação direta e necessária com uma legitimidade processual exclusivamente coletiva, guardando vínculo, isto sim, com a origem e o escopo desses direitos, gestados no âmbito de movimentos sociais em prol da ampliação de direitos já consagrados (caso dos direitos políticos e das liberdades de associação sindical, reunião e de greve) e do reconhecimento de novos direitos, voltados à garantia de condições materiais e à proteção de grupos mais vulneráveis (como no caso dos direitos dos trabalhadores, tidos como exemplos de “direitos sociais”), assim como dos direitos básicos ligados à garantia do mínimo existencial e à noção de compensação de acentuadas desigualdades sociais, econômicas e

⁴⁰ Ilustrativos, nesse sentido, o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, de responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), instituído pela Medida Provisória nº 1.911-08/1999 e pela Lei nº 9.836/1999; assim como Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras (SIS-Fronteiras), implementado pela Portaria GM nº 1.120, de 06/07/2005 do Ministério da Saúde, com objetivo de integrar as ações de assistência à saúde nas cidades da fronteira terrestre do país.

⁴¹ A respeito do tema, cf. NOVAIS, J. R. “Direitos como trunfos contra a maioria. Sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. In: NOVAIS, J. R. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-67.

culturais. Como afirma Rodolfo Arango “[q]ue titular de los derechos sociales fundamentales es el individuo parece una afirmación obvia e incontrovertible”, mencionando que os direitos à alimentação e à saúde só podem referir-se à proteção de um indivíduo⁴². Canotilho, por sua vez, adverte que a garantia de acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) traduz-se por “uma proteção jurídico-judiciária individual *sem lacunas*”⁴³, não sendo admissível um tal esvaziamento da eficácia e do âmbito de proteção efetiva do direito à saúde, a impedir que a pessoa aceda ao Judiciário para defesa de posições jurídicas subjetivas decorrentes de um direito social cuja titularidade é essencialmente (embora não exclusivamente) individual. Dessa forma, em que pese ser possível (e até desejável!) priorizar uma tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde⁴⁴, isto não significa que ao direito à saúde possa ser negada a condição de direito de titularidade individual, perante o Poder Público ou os particulares⁴⁵.

Relativamente aos seus destinatários, o direito à saúde tem como sujeito passivo principal o Estado, como ocorre, aliás, com a generalidade dos direitos fundamentais sociais. Cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (notadamente no sentido de não-interferência na saúde dos indivíduos) e positiva (v.g., organizando instituições e procedimentos direcionados à tutela individual e coletiva da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente os bens materiais necessários à prestação da assistência à saúde). Isso não exclui, é bom enfatizar, a eficácia do direito à saúde na esfera das relações entre particulares⁴⁶, o que se manifesta tanto de maneira indireta, mediante a prévia intervenção dos órgãos estatais, quanto de modo direto, cujo exemplo talvez mais conhecido sejam as normas de proteção à saúde ao trabalhador, já tradicionais no direito constitucional pátrio. Guardadas as devidas peculiaridades no que concerne à forma como se dê essa eficácia direta do direito à saúde nas relações privadas, parece difícil deixar de admitir

⁴² Cf. ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: LEGIS, 2005, p. 55-113 (e, aqui apontadas, p. 60 e 87).

⁴³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (reimp.) Coimbra: Almedina, 2003, p. 274.

⁴⁴ Nesse sentido, cf. BARROSO, L. R. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: *Interesse Público*, n. 46, nov.-dez./2007, p. 31-61. Também: SOUZA NETO, C. P. de. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”, in SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551; nessa mesma obra coletiva, cf., ainda: SARMENTO, D., “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, p. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “O Direito a Prestações em Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata”, p. 803-826; e HENRIQUES, F. V. “Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional”, p. 827-858. Enfrentando o problema a titularidade individual e/ou coletiva dos direitos sociais, cf. SARLET, I. W., 2009, p. 214 e ss.

⁴⁵ A respeito do tema, com maiores detalhes, cf.: SARLET, I. W. “A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde”. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 4, nº 10, jan./mar. 2010, p. 205-229; FIGUEIREDO, M. F. “Apontamentos acerca do objeto do direito à saúde: para além do dever de prestação de medicamentos e tratamentos”. Trabalho apresentado como conclusão de disciplina no curso de Doutorado em Direito (PUCRS), dez./2009, especialmente p. 5 e ss.

⁴⁶ Sobre a eficácia do direito à saúde no âmbito das relações privadas, cf., por todos, MATEUS, C. G. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, especialmente p. 137 e ss. Numa análise mais ampla, sustentando uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas, cf. SARLET, I. W. “A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro”, in: MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (orgs.) *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, p. 111-144.

um dever geral de respeito⁴⁷ à saúde por parte dos particulares entre si, tanto num sentido defensivo, com a vedação de condutas que acarretem restrição excessiva à fruição do direito à saúde pelos demais, individual e coletivamente considerados, quanto pela imposição de um dever geral de proteção, calcado nos princípios da solidariedade⁴⁸ e da subsidiariedade, pelo menos no sentido de que as pessoas privilegiem, sempre que possível, comportamentos voltados à consecução e à salvaguarda do direito à saúde de cada um e da própria comunidade⁴⁹. A bem da verdade, verifica-se que a Constituição Federal jamais restringiu a destinação dos direitos fundamentais unicamente ao Estado, nem tampouco a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)⁵⁰, devendo-se refletir, de outra parte, que a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, voltada a “promover o bem de todos” e a “erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, I, III e IV, respectivamente) passa pela definição de um papel ativo e de uma responsabilidade compartilhada também por parte dos atores privados. No caso específico da saúde, aliás, importa ainda consignar que o texto constitucional expressamente previu a possibilidade de participação do setor privado no SUS, quer explorando diretamente os serviços de saúde e, nesse sentido, suplementando as ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 199, *caput*), quer atuando de forma complementar ao Estado, por meio de convênios e contratos administrativos (CF, art. 199, § 1º), resguardada, em qualquer caso, a relevância pública das ações e dos serviços de saúde (CF, art. 197).

III. O Sistema Único de Saúde.

3.1. O Sistema Único de Saúde como garantia institucional fundamental.

A dimensão objetiva do direito à saúde, ademais das considerações acerca da função protetiva do direito e de sua eficácia entre particulares, densifica-se de modo especial e relevante pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), que assume a condição, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de autêntica garantia institucional fundamental⁵¹. Tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, além de consistir no resultado de aperfeiçoamentos efetuados a partir de experiências anteriores frustradas e, de outra parte, constituir reivindicação feita pela sociedade civil organizada, sobretudo no Movimento de Reforma Sanitária que precedeu à elaboração do texto constitucional, o SUS pode ser caracterizado, enfim, como uma garantia institucional fundamental. Sujeita-se, por conseguinte, à proteção estabelecida para as demais normas jusfundamentais, inclusive no que tange à sua inserção entre os limites materiais à reforma constitucional⁵², além de estar

⁴⁷ Cf. SARLET, I. W., 2009, *op. cit.*, p. 381.

⁴⁸ Em direção semelhante, lembra Daniel Sarmiento que “ao lado do dever primário do Estado de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los”, fundado, entre outros, no princípio da solidariedade. Cf. SARMENTO, D., 2004, *op. cit.*, p. 337 e ss.

⁴⁹ Cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, 2009, p. 14 e ss.

⁵⁰ Nesse sentido, SARLET, I. W., 2009, *op. cit.*, p. 383.

⁵¹ A partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a doutrina alemã do primeiro pós-Guerra, sobretudo pelas obras de M. Wolff e C. Schmitt, passou a sustentar que existem certas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) cuja relevância justifica a extensão da proteção jusfundamental, sobretudo contra a atuação erosiva por parte do legislador ordinário e do poder público em geral, a fim de resguardar, ao menos, o núcleo essencial das assim designadas garantias institucionais. Para maior aprofundamento sobre o tema, cf. SARLET, I. W., 2009, *op. cit.*, p. 148 e p. 180 e ss. Defendendo a natureza de garantia institucional do SUS, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, p. 45-46.

⁵² Em sentido semelhante, cf., no direito português, Acórdão n. 39/84 (Diário da República, 2ª série, de 05-05-1984), e os comentários de NOVAIS, J. R. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 312-313.

resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral. Desse modo, eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo, formal e substancialmente, até mesmo quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser consideradas inconstitucionais, pois que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, na condição de instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva. Outrossim, a constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi constituído, estabelecidos primordialmente pelos artigos 198 a 200 da CF⁵³, dos quais se destacam a unidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização, a integralidade e a participação da comunidade, presente sempre a relevância pública que caracteriza as ações e os serviços de saúde.

3.2. Princípios informadores do SUS: unidade, descentralização, regionalização e hierarquização, integralidade e participação da comunidade.

O princípio da unidade significa que o SUS é um sistema único e unificado, característica pela qual o constituinte procurou superar as distorções dos modelos anteriores a 1988, em especial quanto à limitação da assistência à saúde somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos dependentes, então segurados do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)⁵⁴, situação que deixava os não-segurados na dependência da medicina particular ou da caridade. O Sistema único implica, outrossim, que os serviços e as ações de saúde, públicos ou privados (pelo menos no que respeita à saúde complementar, isto é, aos serviços e ações de saúde executados mediante contrato ou convênio com o Poder Público), devem estar pautados e se desenvolver com base nas mesmas políticas, diretrizes e comando. Isto não impede, de outra parte, a vinculação dos particulares a pelo menos algumas das demais diretrizes, como é o caso da integralidade do atendimento, por meio das prestações mínimas contidas no plano-referência, apesar de admitidas as segmentações, tal como prevê a Lei nº 9.656/99. Cumpre frisar que se trata de um só sistema, que abrange e sujeita a uma direção única e, portanto, a um só planejamento (ainda que compartilhado nos níveis nacional, estadual e municipal), as ações e os serviços de saúde, na esteira do que dispõem o artigo 198, inciso I, da CF e o artigo 9º da Lei nº 8.080/90.

Conquanto único, o SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada que, preservada a direção única em cada esfera de governo, atua segundo o princípio da descentralização. A atuação regionalizada permite a adaptação das ações e dos serviços de saúde ao perfil epidemiológico local⁵⁵, atendendo não apenas às diretrizes da Organização

⁵³ Fazendo uma análise geral sobre os princípios do SUS, cf. FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 96-102.

⁵⁴ Cf. CARVALHO, M. S. de. "A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988". Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 26, jul. 2003; e BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2003, p. 14.

⁵⁵ Cabe referência o disposto no § 2º do artigo 6º da Lei nº 8.080/90, em que, depois de elencadas algumas das competências materiais do SUS, é explicitado o conceito de vigilância epidemiológica como "um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos". Além disso, cumpre lembrar que a gestão financeira do SUS passa pela avaliação do perfil epidemiológico da população, previsto pela Lei nº 8.080/90 (art. 35, II) dentre os critérios para a definição dos recursos a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios e que certamente deverá constar da lei complementar a ser editada em regulamentação ao artigo 198, § 3º, da CF, já que o rateio tem por objetivo constitucional buscar a "progressiva redução das disparidades regionais" (CF, art. 198, § 3º, II). Como leciona Marcelo Medeiros, os critérios epidemiológicos possuiriam, assim, um alto grau de orientação à "coletividade", levando em consideração o grau de necessidade dos indivíduos, em determinada

Mundial de Saúde (OMS), como às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária⁵⁶ e se conformando, em certa medida, à reconhecida tradição municipalista brasileira. Neste sentido, é possível verificar um evidente liame entre a estrutura constitucional do SUS e o princípio federativo, que no Brasil tem a peculiaridade de um terceiro nível de poder formado pelos Municípios. Por isso, a municipalização é a principal forma pela qual se densificam as diretrizes de descentralização e regionalização do SUS, não obstante aperfeiçoamentos e ajustes sejam sempre necessários⁵⁷, especialmente em função da garantia de equilíbrio na distribuição dos recursos de saúde, em que sobrepõem os princípios da subsidiariedade e da equidade no acesso à assistência assim prestada. Os princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade embasam as regras constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, bem como sua regulação normativa em nível infraconstitucional (leis, decretos, portarias), por meio das quais a responsabilidade pela execução das ações e dos serviços de saúde cumpre precipuamente aos Municípios e aos Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário. Isso não exclui, por certo, a atuação direta do ente central em certas situações, o que acontece exatamente em função da harmonização prática entre os princípios constitucionais da eficiência, da subsidiariedade e da integralidade do atendimento, como demonstram, por exemplo, a assistência de alta complexidade (a cargo da União e dos Estados, na forma da NOAS nº 01/2002 – que, nesse aspecto, reiterou o que já dispunha a NOAS nº 01/2001)⁵⁸, a regulação do setor privado (relações com prestadores conveniados, regime jurídico da saúde suplementar, fixação de preços de medicamentos, regras sobre propriedade intelectual, etc.) e, especificamente no campo dos medicamentos, a responsabilidade pela compra e distribuição do assim designado “componente estratégico da assistência farmacêutica” (isto é, os medicamentos voltados ao controle de endemias, os anti-retrovirais [DST/AIDS], o sangue, os hemoderivados e os imunobiológicos, nos termos da Portaria GM/MS nº 204/2007, do Ministério da Saúde) e as novas responsabilidades acerca do chamado “componente especializado” da assistência farmacêutica, numa ação integrada entre a atenção básica e os medicamentos até então chamados de “excepcionais”, reestruturando as atribuições dos entes federativos das três esferas⁵⁹.

situação de espaço e tempo, como critério de alocação e distribuição dos recursos de saúde. Para maior aprofundamento, consultar MEDEIROS, M., op. cit., p. 67.

⁵⁶ A VIII Conferência Nacional de Saúde já sugeria que o novo sistema de saúde, depois configurado no SUS, deveria “ser organizado com base epidemiológica e ter prioridades claramente definidas em função das necessidades locais e regionais”, além de “estruturar-se com base nos conceitos de descentralização, regionalização e hierarquização – só centralizar o que realmente não for possível descentralizar”, conforme referência de RAEFFRAY, A. P. O., op. cit., p. 285.

⁵⁷ Nesse sentido, as normas acordadas na NOB nº 01/96 foram substituídas pelas normas da NOAS nº 01/2001 e, posteriormente, pela NOAS nº 01/2002, sempre direcionadas ao aprimoramento do processo de descentralização do SUS, sem perder de vista a necessidade de ampliação do acesso e a equidade na distribuição dos recursos de saúde (não apenas em sentido financeiro).

⁵⁸ Cf. PIRES, M. C. de C.; OLIVEIRA NETO, J. C. da C. “Indicador municipal de saúde: uma análise dos sistemas municipais de saúde brasileiros”. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, 2006. Texto para discussão nº 1.216. ISSN 1415-4765, p. 11. Disponível In: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/indic_mun_ipea.pdf, acesso em 24-05-2008.

⁵⁹ O componente especializado da assistência farmacêutica substituiu o componente de medicamentos de dispensação excepcional, na forma da Portaria GM/MS nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, do Ministério da Saúde, e se caracteriza “pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde”. Disponível in: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt0343_22_02_2010.html, acesso em 25-05-2010.

A hierarquização, por sua vez, é termo técnico do setor sanitário, que indica a execução da assistência à saúde em níveis crescentes de complexidade⁶⁰, assinalando que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos mais simples em direção aos níveis mais altos de complexidade, de acordo com o caso concreto e ressalvadas as situações de emergência e urgência⁶¹. Por meio da hierarquização, os serviços de saúde são organizados e distribuídos, partindo-se das ações de atenção básica, comuns a todos os Municípios, passando pela assistência de média e alta complexidade, já centralizadas em Municípios de maior porte, para alcançar então os serviços de grande especialização, disponíveis somente em alguns grandes centros do país. Também quanto a este aspecto, o SUS guarda sintonia com os princípios da subsidiariedade e da eficiência, visto que as ações e os serviços de saúde devem ser executados por quem possua as condições para efetivar mais e melhor o direito à saúde, o que, por sua vez, poderá eventualmente justificar o exercício direto de alguma competência por parte dos Estados ou mesmo da União, diante de circunstâncias e condições específicas postas pela realidade.

O princípio da integralidade de atendimento determina que a cobertura oferecida pelo SUS deva ser a mais ampla possível – o que evidentemente não afasta a existência de certos limites, sobretudo técnicos, como se verá mais adiante. O que neste momento cabe assinalar é a incidência direta, nesta seara, dos princípios da precaução e da prevenção⁶², por sua vez umbilicalmente ligados às noções de eficácia e segurança, determinando a prioridade das atividades preventivas⁶³, tanto no sentido mais restrito das ações de medicina preventiva, quanto, num senso mais amplo, respaldando as ações de vigilância sanitária, bem como as medidas voltadas à prestação de saneamento básico e à garantia de um ambiente sadio e equilibrado. De modo semelhante, vigoram também os princípios da razoabilidade e da eficiência (não, porém, sob uma ótica economicista e utilitarista), pois não se pode considerar razoável um tratamento cuja eficácia não seja comprovada, ou que acarrete sérios riscos à saúde da coletividade, por exemplo. De outra parte, a integralidade do atendimento reflete a idéia de que as ações e os serviços de saúde devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo, de modo que sejam simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos (individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional) e níveis de complexidade do SUS⁶⁴ – característica vinculada à unidade do sistema, especialmente quanto ao planejamento. O dever de integralidade também se estende à cobertura assegurada pelos planos de saúde⁶⁵, cujo conteúdo material mínimo, definido sob a fórmula legal do

⁶⁰ SCHWARTZ, G. A. D., op. cit., p. 108.

⁶¹ Os conceitos não são exatamente idênticos, como alude o artigo 35-C da Lei nº 9.656/98, ao tratar da cobertura obrigatória dos planos de saúde. Emergência abrange os casos “que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente”, enquanto urgência envolve as hipóteses “resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional”.

⁶² Oportuna, aqui, a sintética distinção proposta por CASAUX-LABRUNÉE, L. a respeito dos dois princípios: enquanto a precaução visa a limitar os riscos ainda hipotéticos ou potenciais, o princípio da prevenção atrela-se ao controle dos riscos já verificados – sendo princípios complementares, portanto. Op. cit., p. 627-629.

⁶³ Refira-se que a Lei nº 9.656/98 estabelece que a assistência prestada pelos planos de saúde deve levar em consideração “todas as ações necessárias à prevenção da doença”, além da “recuperação, manutenção de reabilitação da saúde”, o que demonstra a vinculação das operadoras de saúde não somente ao princípio da integralidade da assistência, mas ao cumprimento das obrigações de prevenção, proteção e promoção da saúde.

⁶⁴ Nesse sentido, o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 8.080/90 estabelece que integralidade da assistência deve ser entendida como “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. A respeito do tema, conferir SCHWARTZ, G. A. D., op. cit., p. 108; e PAULI, L. T. S.; ARTUS, S. C.; BALBINOT, R. A. “A Perspectiva do Processo Saúde/Doença na Promoção de Saúde da População”. In: *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 3, p. 32, nov. 2003.

⁶⁵ Nesse sentido, cf. PFEIFFER, R. A. C. “Planos de saúde e direito do consumidor”. In: MARQUES, C. L. [et al.], op. cit., 2008, p. 31.

plano-referência e ainda que admitidas as chamadas segmentações, mostra-se na verdade bastante abrangente, pois deve compreender a assistência “médico-ambulatorial e hospitalar [...] das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde” (Lei nº 9.656/98, art. 10)⁶⁶.

Além disso, o SUS se caracteriza pela participação direta e indireta da comunidade, tanto no que respeita à definição, quanto relativamente ao controle social das ações e políticas de saúde. Essa participação se realiza por meio dos representantes da sociedade civil junto às Conferências de Saúde, que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada um dos níveis da federação (cujo modelo mais marcante permanece sendo a VIII Conferência Nacional de Saúde, ainda antes de 1988). Também se efetiva por intermédio dos Conselhos de Saúde, que atuam no planejamento e controle do SUS, inclusive quanto ao financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular, com a análise de propostas e denúncias. A participação da comunidade ainda é assegurada no âmbito das agências reguladoras, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Câmara de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde Suplementar (CSS/ANS) e o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Trata-se da densificação de uma especial dimensão dos direitos fundamentais, que, no contexto dos direitos a prestações em sentido amplo, atuam como direitos de participação na organização e no procedimento, evidenciando a faceta democrático-participativa, *in casu*, do direito à saúde, a retomar a idéia de um *status activus processualis*, tal qual defendida, desde há muito, por Peter Häberle⁶⁷. Por meio da participação direta (ainda que admitidas eventuais limitações de ordem concreta), a Constituição assegura que os próprios indivíduos interajam no processo de definição das políticas públicas de saúde, intervindo sobre o que será a efetivação desse direito fundamental, além de posteriormente exercerem o controle social sobre essas mesmas ações.

3.3. A assistência à saúde prestada pela iniciativa privada: a saúde suplementar.

Ademais da assistência à saúde prestada pelos agentes públicos, a Constituição prevê a possibilidade e define os princípios pelos quais se dá a participação da iniciativa privada na assistência à saúde. Há basicamente duas formas de prestação privada dos serviços e ações de saúde: a participação complementar, mediante convênio ou contrato de direito público firmado com o SUS, sendo privilegiadas as entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos; e a assim designada “saúde suplementar”, em que a assistência é prestada diretamente pelas operadoras de planos de saúde⁶⁸, a partir da contratação pelo interessado na obtenção dos serviços, regulada pela Lei nº 9.656/98 e em conformidade às diretrizes e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Desde logo constata-se que a primeira hipótese envolve uma atividade delegada à iniciativa privada (excluída a participação

⁶⁶ O mesmo dispositivo elenca as hipóteses de exclusão, a serem regulamentadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), quais sejam: tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

⁶⁷ Sobre os direitos de participação na organização e procedimento, v. SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 194 e ss.

⁶⁸ Embora permaneçam existindo, como institutos próprios, os planos e os seguros de saúde, cabe esclarecer que desde a edição da Medida Provisória nº 1.976-22/2001, alterando o texto da Lei nº 9.656/98, passou-se a utilizar a expressão “planos de saúde” para designar a generalidade dos contratos por ela regidos.

de empresas ou capitais estrangeiros), que atua em lugar da Administração Pública, mas sujeita aos limites e diretrizes estabelecidos no convênio ou contrato administrativo (sendo vedada, contudo, a destinação de recursos a auxílios ou subvenções a instituições privadas com fins lucrativos), e submetida, portanto, aos princípios correntes do direito administrativo, inclusive no que se refere à eventual responsabilização na forma do artigo 37, § 6º, da CF⁶⁹. De modo diverso, a assistência à saúde estabelecida em decorrência de contrato privado, firmado entre a pessoa (individual ou coletivamente⁷⁰) e a operadora de planos de saúde, não se submete ao mesmo regramento sem quaisquer restrições – o que não significa que o tema não mereça maior aprofundamento, sobretudo em função da proteção aos direitos à vida e à saúde –, já que incidem princípios como a autonomia das partes, inclusive para justificar, *contrario sensu*, o reconhecimento de uma liberdade (fundamental) de não-contratação, no sentido de que ninguém possa ser obrigado a filiar-se ao sistema de saúde suplementar. Para além disso, resta a assistência prestada diretamente pelos profissionais da saúde, mediante consulta ou exame pago pelo próprio interessado, sujeita ao regramento comum dos prestadores de serviços, notadamente o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, doravante designada como CDC), e às exigências da vigilância sanitária.

No âmbito da participação da iniciativa privada, é certamente na saúde suplementar que se encontram as maiores controvérsias, inclusive em termos jurisprudenciais, sendo destacado o papel do Estado no cumprimento dos deveres de proteção decorrentes das normas constitucionais, tanto no sentido de um dever genérico de tutela pessoa e da sociedade, quanto na concreção de imperativos de tutela mais específicos, como no caso da proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII) e da proteção da saúde (CF, art. 196). Isso porque a saúde suplementar se caracteriza, entre outros, pela caracterização do usuário do plano de saúde como consumidor⁷¹ e, com isso, pela transposição da tutela protetiva⁷², assegurada pela intervenção direta do Estado no mercado da assistência à saúde⁷³ (dirigismo contratual⁷⁴),

⁶⁹ Nesse sentido, cf. GREGORI, M. S. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28 e 32-33.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 145 e ss.

⁷¹ Como bem lembra Cláudia Lima Marques, a Lei nº 8.078/90 considera consumidor o destinatário final dos serviços ou produtos, o que estende a proteção para as pessoas alcançadas pela cobertura do plano de saúde, ainda que não sejam necessariamente os próprios contratantes. Exemplos comuns são o plano de saúde coletivo, geralmente firmado entre a operadora de saúde e a empresa, mas com propósito de assegurar tratamento aos empregados; e, no caso do plano de saúde individual, a cobertura estendida aos dependentes do contratante, que podem até não deter de capacidade jurídica, como na hipótese dos menores de idade. Cf. SCHMITT, C. H.; MARQUES, C. L. “Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, C. L. [et al.], 2008, op. cit., p. 131.

⁷² Cf. GREGORI, M. S., op. cit., p. 99 e ss. Outrossim, como refere Cláudia Lima Marques, os artigos 3º e 35, § 2º (antiga redação) da Lei nº 9.656/98 determinam a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) para a disciplina jurídica dos chamados “novos” contratos; quanto aos contratos “antigos”, isto é, firmados antes da Lei nº 9.656/98, a jurisprudência é uníssona em reiterar que somente é aplicável o Código de Defesa do Consumidor, sustentando a nobre jurista, contudo, que essa aplicação deva dar-se a partir de uma interpretação teleológica e renovada, em que os princípios protetivos da Lei nº 9.656/98 iluminem a interpretação dos princípios gerais de proteção estabelecidos pela Lei nº 8.078/90, num verdadeiro “diálogo das fontes” (expressão de Erik Jayme): “[e]m verdade, é apenas uma luz nova para preencher a norma antes existente e evitar o conflito, com a opção constitucional pelo valor mais alto em conflito nesta antinomia. Nunca é demais lembrar que o Código de Defesa do Consumidor tem origem constitucional e que, em caso de antinomia, a opção deve valorá-lo hierarquicamente, pois é direito fundamental do brasileiro à proteção de seus direitos como consumidor.” Cf. MARQUES, C. L. “Conflito de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos e Seguros de Saúde”. In: MARQUES, C. L. [et. al.], 1999, op. cit., p. 117-119.

⁷³ Como lembra Maria Stella Gregori, “[a] regulação [...] é um trabalho contínuo [...], principalmente quando está em jogo um intrincado conflito de valores antagônicos, em que, de um lado, está a operação econômica, cujo equilíbrio deve ser preservado como meio de assegurar a utilidade da prestação a assistência à saúde

cuja necessidade se agrava pela natureza indisponível do bem que constitui a finalidade do próprio contrato⁷⁵, qual seja, assegurar todo o tratamento possível, com vistas à manutenção ou recuperação da saúde do indivíduo, que busca o plano de saúde na hipótese de ocorrência do evento⁷⁶. Com razão esclarece a doutrina que a álea desses contratos está na necessidade da prestação (se será necessária ou não), e não na forma como se dá o cumprimento da obrigação de assistência assumida (qualidade, segurança e adequação do tratamento). Não se trata, assim, de obrigação de meio, mas de obrigação de resultado: fornecer assistência adequada à proteção e/ou recuperação da saúde do usuário do plano ou serviço de saúde⁷⁷.

A interpretação das cláusulas contratuais segue, em termos gerais, as normas da legislação consumerista, sendo de frisar que a vulnerabilidade do usuário, princípio estruturante do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, portanto, de toda a tutela protetiva outorgada, envolve pelo menos dois aspectos: a) a situação pessoal e individual do beneficiário, já que a saúde constitui condição para o exercício pleno da autonomia individual e para a fruição dos demais direitos, ademais de incluir-se num padrão mínimo (mínimo existencial) a uma vida digna e com certa qualidade; b) a especial posição ocupada pelo indivíduo nos contratos de planos de saúde, considerados contratos cativos de longa duração, na medida em que se desenrolam por um período muito longo de tempo, gerando expectativas e dependência por parte do usuário, além de não raras vezes atravessarem sucessivos regramentos legislativos, na precisa lição de Cláudia Lima Marques⁷⁸. Por tais razões, importa reconhecer a incidência de um sistema de tutela reforçada do usuário-consumidor-paciente, decorrente da convergência dos específicos deveres jusfundamentais de proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII) e de proteção da saúde (CF, art. 196), a determinar a aplicação conjunta do direito à saúde e de proteção do consumidor. Lembre-se que os serviços de saúde, mesmo quando prestados pela iniciativa privada e ainda que sob a forma de contratos, não perdem o caráter de “relevância pública” que lhes atribuiu o constituinte (CF, art. 197), não havendo dúvida de que a interpretação das cláusulas contratuais, bem como o exame acerca da responsabilidade pela execução adequada dos serviços de saúde deve submeter-se, portanto, à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde.

contratualmente prometida e, de outro, está o interesse material do consumidor na preservação da sua saúde”. Op. cit., p. 16.

⁷⁴ A expressão é correntemente apontada pela doutrina, citando-se, por todos, PASQUALOTO, A. “A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva”. In: MARQUES, C. L., 1999, op. cit., p. 46 e ss.

⁷⁵ Nesse sentido, Andrea Lazzarini e Flavia Lefèvre são categóricas: “[n]ão há como negar que os contratos de assistência médica representam interesses sociais, pois regulam as relações entre a iniciativa privada e a sociedade, dispondo sobre direitos zelados pela Constituição Federal nos dispositivos que têm por escopo garantir valores sociais fundamentais, e, por isso, exigem uma intervenção efetiva do Estado para que a consagração da Lei Maior ocorra.” Cf. LAZZARINI, A.; LEFÈVRE, F. “Análise sobre a Possibilidade de Alterações Unilaterais do Contrato e Descredenciamento de Instituições e Profissionais da Rede Conveniada”. In: MARQUES, C. L. [et. al.], 1999, op. cit., p. 105. Em sentido semelhante, Rodolfo Arango afirma que “o contrato de saúde não é um simples contrato privado, no qual a autonomia da vontade privada seja o fator determinante, senão que tem além um caráter público devido a seu objeto, razão pela qual o Estado se vê chamado a intervir na liberdade de um âmbito tradicionalmente privado. [...] A saúde [...] é um direito constitucional e um objetivo público que transcende os limites do contrato privado entre beneficiário e entidade asseguradora”. ARANGO, R., 2008, p. 736 e 753.

⁷⁶ Adalberto Pasqualoto resume a questão: “[o] fornecedor deve assegurar a efetividade da assistência, independentemente do êxito do tratamento. Para o segurado, o crédito deve ser certo, desde que ocorra o fato aleatório.” PASQUALOTO, A., op. cit., p. 48.

⁷⁷ Nesse sentido, cf. PASQUALOTO, A., *ibidem*; e MARQUES, C. L., 1999, op. cit., p. 125.

⁷⁸ Cf. MARQUES, C. L., 1999, op. cit., especialmente p. 117-118.

Além disso, incidem aqui as normas de tutela que asseguram o direito (e dever) de informação, a inversão do ônus da prova, a proteção contra as cláusulas abusivas, a vigência da boa-fé objetiva como *standard* de conduta das partes, a proteção contra a lesão enorme e contra a alteração da base do negócio jurídico, inclusive pela aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, quando necessário⁷⁹. O caráter duplamente indisponível do direito em causa, consumidor e saúde, ainda embasa a atuação do Ministério Público, das associações de classe e de entidades da sociedade civil na defesa de uma dimensão coletiva e difusa do direito à saúde e do próprio direito do consumidor, a partir daí configurada. Em termos jurisprudenciais, é visível a tendência de mitigação da autonomia contratual em favor da tutela do usuário-consumidor, impondo-se às operadoras de planos e seguros de saúde uma série de deveres destinados à plena assistência à saúde dos segurados, como bem demonstram as decisões relacionadas à extensão da cobertura dos contratos, aos períodos de carência, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (especialmente quanto ao reajuste das mensalidades), entre outros, inclusive com a anulação judicial de cláusulas contratuais em função de seu caráter abusivo (Lei nº 8.078/90, art. 51)⁸⁰.

Nesse contexto, cabe tecer alguns comentários tendo por referência as principais controvérsias hoje debatidas em doutrina e jurisprudência. O primeiro problema a ser enfrentado, cuja solução pode servir de premissa para a compreensão do regime jurídico a que se deve submeter o setor da saúde suplementar, diz respeito à adequada interpretação do artigo 35-G da Lei nº 9.656/98 (redação da MP nº 2.177-44/2001), que tem por objetivo estabelecer uma precedência da Lei dos Planos de Saúde em relação ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), que seria então aplicável apenas subsidiariamente⁸¹. Neste particular, como refere Cláudia Lima Marques, boa parte da doutrina tende a **defender** a prevalência da Lei nº 9.656/98, porque se trataria de lei especial e mais recente, sustentando a aplicabilidade do CDC somente como parâmetro de uma interpretação mais favorável ao consumidor, sobretudo em função da natureza principiológica de que este se reveste. Para a prestigiada jurista, contudo, “aplicam-se cumulativamente e complementarmente o CDC e a Lei 9.656/98”, já que assegurada, por força do dever constitucional (e correspondente direito fundamental) de proteção do consumidor, a hierarquia superior do CDC, o que também encontra respaldo na previsão constitucional de estabelecer a proteção do consumidor como um dos objetivos e, simultaneamente, **como um dos limites da ordem econômica, inclusive na condição de limite à livre iniciativa, tudo na forma do artigo 170, caput e inciso V, da CF**⁸².

Cumprindo observar, ainda neste contexto, que se o CDC vem sendo considerado como sendo norma especial por seu objeto, já que destinado à proteção do consumidor, e não aplicável à generalidade das relações negociais, em termos constitucionais estritos é possível defender

⁷⁹ Em sentido semelhante, v. GREGORI, M. S., op. cit., p. 97 e ss.

⁸⁰ Além da já mencionada Súmula nº 302 do STJ, confirmam-se, a título ilustrativo, os seguintes precedentes: REsp nº 469.911/SP, DJ 10-03-2008 (abusividade da cláusula que limitava tempo de internação em UTI); AgRgAg nº 973.265/SP, DJ 17-03-2008 (ilicitude da restrição da cobertura à doença preexistente, face à boa-fé da consumidora e à não-exigência, por parte de seguradora, de realização de exame prévio); AgRgAg nº 704.614, DJ 19-11-2007 (julgada abusiva cláusula contratual que excluía da cobertura a realização de transplante para consumidor que declarou previamente sofrer de enfisema pulmonar); REsp nº 993.876/DF, DJ 18-12-2007 (é causa de indenização por danos morais a recusa indevida à cobertura médica, “já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia” do segurado); REsp nº 466.667/SP, DJ 17-12-2007 (considerada abusiva a aplicação de cláusula de carência diante de situação de urgência, pela ocorrência de doença surpreendente e grave).

⁸¹ Lei nº 9.656/98, art. 35-G: Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

⁸² SCHMITT, C. H.; MARQUES, C. L., 2009, op. cit., p. 110 e segs.

tratar-se de norma de caráter geral, editada pela União no exercício da competência concorrente prevista no artigo 24, inciso V e § 1º, da CF. Já por isso, haveria sérias dúvidas quanto à possibilidade de uma lei destinada à regulação específica dos planos de saúde impor restrições, e eventualmente até mesmo tratamento discriminatório, aos direitos assegurados em lei geral para todos os consumidores. Este, aliás, o segundo aspecto que merece ser relevado: o CDC é a lei geral de proteção dos consumidores, ou seja, é geral também quanto ao seu objeto, no sentido de que incide de modo vinculante sobre todas as relações jurídicas que, apesar de envolverem a prestação dos mais variados produtos e serviços, sejam passíveis de enquadramento no suporte fático descrito no seu artigo 2º. Em síntese, frisa-se que o CDC é lei geral em termos formais e materiais. Isso significa que a Lei nº 9.656/98, conquanto mais nova, não pode ser reconhecida como superior ao CDC, seja porque lei especial não revoga lei geral, segundo conhecido cânone de hermenêutica; seja porque, mesmo em termos materiais, a Lei nº 9.656/98 não tem por objeto a disciplina dos direitos dos consumidores de planos de saúde, mas, sim, a regulação do setor da saúde suplementar como um todo (tanto que prevê quem pode atuar no setor, os requisitos para requerer autorização de funcionamento, as normas para operação e dissolução dessas empresas, etc.), dispondo em apenas alguns pontos específicos sobre a proteção do consumidor.

Exatamente por isso, então, deve-se indagar a respeito da correção formal e material, no sentido da sua constitucionalidade e legalidade, de disposições da Lei nº 9.656/98, que, ao disciplinarem direitos dos consumidores, estabelecem níveis de proteção insuficientes, ou, pelo menos, mais fracos do que aqueles já consagrados pela lei geral, isto é, pela Lei nº 8.078/90, o que se verifica precisamente no caso do já mencionado artigo 35-G da Lei nº 9.656/98, em especial no que diz com a aplicação subsidiária que pretende impor às normas de direito do consumidor. O que resulta em afronta ao sistema dos direitos fundamentais (em especial ao dever constitucional de proteção do consumidor), não é em si a superveniência de lei especial que disponha especificamente sobre certas relações de consumo, mas sim, a superveniência de legislação que imponha um retrocesso em relação aos níveis de proteção já alcançados⁸³. Neste contexto, é possível mesmo visualizar uma violação dos critérios da proporcionalidade, que assume uma dupla função, tanto operando como proibição de excesso (no sentido de um limite à restrição dos direitos fundamentais), quanto, principalmente, atuando no sentido de vedação da proteção deficiente ou insuficiente, aqui no sentido de exigir níveis de tutela mínimos⁸⁴. Lembre-se, ainda, que o mandamento constitucional de proteção dessas pessoas, como indivíduos e coletividade, ultrapassa a previsão contida no artigo 5º, inciso XXXII, da CF pela incidência concomitante, no trato dessas relações jurídicas, da proteção decorrente de outros direitos fundamentais conexos, de que são exemplos mais evidentes a proteção da saúde (CF, arts. 6º e 196 a 200), a proteção à criança e ao adolescente (CF, art. 227 e Lei nº 8.069/90), a proteção ao idoso (CF, art. 230 e Lei nº 10.741/2003) e a proteção dos trabalhadores (CF, art. 7º, além de toda uma legislação infraconstitucional específica). Além disso, como signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o Estado brasileiro assentiu com um dever de realização progressiva dos direitos lá elencados, entre os quais se encontra o direito à saúde (art. 12), dever este que se realiza não somente pelo fornecimento de prestações materiais em sentido estrito, mas por medidas de cunho legislativo (prestações em sentido

⁸³ Em sentido semelhante, adverte Cláudia Lima Marques: “[i]negável, porém, que a lei nova, ao expressamente autorizar algumas cláusulas, às quais a jurisprudência brasileira, ao aplicar, ao interpretar e ao concretizar as normas do CDC, considerava como abusivas, com base na cláusula geral do art. 51, IV, do CDC, acaba ameaçando o nível anterior de proteção do consumidor”. SCHMITT, C. H.; MARQUES, C. L., 2008, op. cit., p. 126.

⁸⁴ Sobre ao tópico, v. SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 395 e ss.

amplo), como consta do artigo 2º, item 1, do Pacto⁸⁵. Finalmente, não se pode deixar de assinalar que a ordem econômica, ademais de limitada pela proteção do consumidor, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170, *caput*), estando assim vinculada, pelo menos, aos princípios da dignidade humana e da solidariedade.

Frente a tal arcabouço normativo, parece não restar outra conclusão senão pela fragilidade do mencionado artigo 35-G da Lei nº 9.656/98, na redação da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, não havendo falar em aplicação subsidiária do CDC aos planos de saúde, sob pena de admitir-se a proteção deficitária e o tratamento discriminatório a uma classe específica de pessoas: os consumidores de planos de saúde. Com efeito, parece-nos bastante razoável sustentar que o CDC se aplica aos contratos de planos de saúde, não como norma subsidiária, mas como lei geral das relações de consumo, sendo excepcionado apenas nas hipóteses em que a legislação especial e superveniente se mostrar efetivamente mais benéfica ao consumidor, ou seja, somente se reforçar o nível de proteção já alcançado pela aplicação das normas consumeiristas. Aliás, eventual interpretação que pretenda afastar a aplicação do CDC ou lhe atribua uma função meramente subsidiária não se mostra afinada com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, acarretando insuficiência ou deficiência da proteção já conferida pela Lei nº 8.078/90 e, certas hipóteses, tratamento discriminatório e retrocessão das medidas que deveriam voltar-se à proteção do ser humano e à salvaguarda de sua dignidade.

Aprofundando esse raciocínio, é possível justificar a aplicação, aos assim designados contratos “antigos” de planos de saúde, das normas mais favoráveis previstas pela Lei nº 9.656/98, sendo mesmo passível de cogitação a instauração de um novo debate a respeito da constitucionalidade dos dispositivos cautelarmente suspensos em virtude da decisão tomada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.931/DF. Com efeito, não se pode esquecer que os contratos de plano de saúde são contratos de trato sucessivo, cujo caráter cativo e longa duração impõem o cumprimento diferido ao longo do tempo, justificando, por exemplo, normas como a renovação automática, prevista pela Lei nº 9.656/98⁸⁶. Ora, é sabido que a proteção do consumidor envolve os direitos à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, à efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais, à facilitação da defesa de seus direitos, à interpretação mais favorável das cláusulas contratuais e à nulidade das cláusulas abusivas (CDC, art. 6º, V, VI e VIII; art. 47 e art. 51, respectivamente), dentre as quais as que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. De seu turno, o Código de Processo Civil excepciona a estabilização judicial das questões já decididas sempre que, nas relações continuativas – o que é o caso dos contratos de planos de saúde – sobrevier alteração no estado de fato ou de direito, hipótese em que será cabível “a revisão do que foi estatuído na sentença” (CPC, art. 471, I). Já o (novo) Código Civil, além de consignar a limitação da liberdade de contratar ao cumprimento da função social do contrato (art. 421), subordinou a seus novos preceitos os efeitos dos negócios jurídicos produzidos a partir de que vigente (art.

⁸⁵ PIDESEC, art. 2º, item 1: “Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas” (grifou-se).

⁸⁶ Lei nº 9.656/98, art. 13: “Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação” (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

2.035), prescrevendo, enfim, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (art. 2.035, § único).

Nesse contexto, não se pode deixar de argumentar em favor da proteção dos consumidores no âmbito dos assim chamados planos de saúde “antigos”, por meio da aplicação das normas mais favoráveis previstas pela legislação superveniente, em especial o contido no artigo 10, § 2º (expressão “e atuais”) e no artigo 35-E da Lei nº 9.656/98 (redação da MP nº 2.177-44/2001). Pondere-se que a supressão de tais normas do ordenamento jurídico acarreta, na prática, a imposição de tratamento discriminatório e prejudicial dentro de uma mesma classe de pessoas (os consumidores de planos de saúde) e no âmbito de relações jurídicas de trato sucessivo, continuado e tendencialmente perene. A este grupo de indivíduos, que em tempos anteriores foi o responsável pelo crescimento e consolidação do setor da saúde suplementar no país, não será assegurada a aplicação das normas protetivas específicas supervenientes e mais favoráveis, como é o caso da exigência de oferta mínima do plano-referência, da necessidade de autorização da ANS para os reajustes de contratos sempre que o consumidor possuir mais de 60 (sessenta) anos, da vedação de uma suspensão ou rescisão unilateral dos contratos, bem como da limitação da internação hospitalar, cláusula esta que tem sido, consoante já frisado, reiteradamente afastada pela jurisprudência por flagrante abusividade, matéria constante da Súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça⁸⁷.

A vedação de todo e qualquer tratamento discriminatório⁸⁸, além de fundada no princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) constitui desdobramento da própria noção de igual dignidade de todos os seres humanos, constando, ainda, do artigo 2º do PIDESC (item 2⁸⁹), cuja aplicação, no campo do direito à saúde, foi objeto de específica consideração pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU no Comentário Geral nº 14, quando se explicitou que a obrigação de proteção decorrente do direito à saúde estende-se às relações entre particulares, notadamente aos prestadores privados. Disse o Comitê: “[o]brigações de proteger incluem, *inter alia*, os deveres dos Estados de adotar legislação ou tomar outras medidas assegurando igual acesso aos cuidados de saúde e serviços relacionados à saúde providos por terceiros”, assim como “assegurar que a privatização do setor da saúde não constitua uma ameaça a disponibilidade, acessibilidade, aceitação e qualidade de instalações, produtos e serviços de saúde”⁹⁰.

⁸⁷ Rizzato Nunes chega a sustentar, em favor da plena aplicação do CDC, que “[c]láusula abusiva não é nem nunca representou ato jurídico perfeito”, referindo que o Código Civil de 1916 já vedava o ato sujeito ao arbítrio de apenas uma das partes, nos termos de seu artigo 115. Cf. NUNES, R. “O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber”. In: MARQUES, C. L. [et al.], 2008, op. cit., p. 245.

⁸⁸ O artigo 14 da Lei nº 9.656/98 veda a discriminação dos consumidores na contratação, assentando que “ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”, em consonância, aliás, com a norma do CDC que estipula a vinculação do fornecedor à oferta (art. 30).

⁸⁹ PIDESC, art. 2º, item 2: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação.”

⁹⁰ Tradução livre do original em inglês: “Obligations to *protect* include, *inter alia*, the duties of States to adopt legislation or to take other measures ensuring equal access to health care and health-related services provided by third parties; to ensure that privatization of the health sector does not constitute a threat to the availability, accessibility, acceptability and quality of health facilities, goods and services; [...]”. United Nations. Committee on Economic, Social, and Cultural Rights. *General Comment nº 14 (2000). The Right to Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights)*. UN doc. E/C 12/2000/4, 4 July 2000. In: GRUSKIN, Sofia [et al.] (edit.) *Perspectives on Health and Human Rights*. New York-London: Routledge, 2005, p. 483.

De outra parte, a incidência concomitante da proteção decorrente dos outros direitos fundamentais envolvidos (e não apenas do direito à saúde), como dão conta os exemplos da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos trabalhadores, todos também regulados por normas infraconstitucionais de caráter geral, indica a necessidade de se assegurar a prevalência aos níveis de proteção já alcançados e, no caso das normas mais favoráveis contidas nos dispositivos cautelarmente suspensos da Lei nº 9.656/98, de extensão dessas normas protetivas aos consumidores dos planos de saúde “antigos”. O “diálogo das fontes”, do qual nos fala Cláudia Lima Marques⁹¹, deve ser aqui compreendido no sentido de viabilizar a aplicação conjunta de todo um complexo de normas jurídicas, constitucionais e ordinárias, voltadas à densificação de deveres de proteção decorrentes de vários direitos fundamentais, mas também na esteira das normas de direito internacional incidentes, justificando uma nova leitura dos dispositivos da Lei nº 9.656/98 que ora se encontram suspensos, sempre em favor de uma interpretação *pro homine*⁹² e, na perspectiva constitucional, de acordo também com o dever de aplicação direta e de maximização da eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), assegurando uma regulação adequada dos contratos de planos de saúde. Trata-se, em verdade, da aplicação da noção – amplamente sustentada na doutrina – de uma “eficácia negativa das normas constitucionais”, ou seja, da eficácia dos direitos fundamentais (individuais e sociais) como proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas (ou como proibição de intervenção e afetação de certos bens jurídicos fundamentais)⁹³, tenham tais posições sido, ou não, estabelecidas pelas normas gerais de proteção do consumidor ou pelos dispositivos atualmente suspensos da Lei nº 9.656/98.

3.4. A relevância pública dos serviços e ações de saúde.

A explicitação constitucional de que as ações e os serviços de saúde são de “relevância pública” é resultado, como muitas das demais normas constitucionais sobre o SUS, das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que procuravam a superação de um modelo considerado “desestatizante, curante e centralizador”⁹⁴. O texto constitucional acentua o caráter indisponível da saúde como objeto de tutela constitucional, efetivada esta última em termos de direito subjetivo, individual e coletivo, e, numa dimensão objetiva, na condição da garantia institucional consubstanciada em si mesma no SUS, sem prejuízo de outros desdobramentos. Além disso, a relevância pública dos serviços e ações de saúde autoriza a interpretação extensiva que vem sendo adotada pela jurisprudência, no sentido da afirmação da legitimidade do Ministério Público para a intervenção na defesa do direito à saúde, inclusive quanto à propositura de medidas judiciais, na defesa de coletividade ou de um único indivíduo, perante o Poder Público ou os atores privados – caso em que esta legitimação pode também se arrimar em outros direitos fundamentais conexos, já exemplificados.

⁹¹ SCHMITT, C. H.; MARQUES, C. L., 2008, op. cit., p. 140.

⁹² Em sentido semelhante, sustentando a aplicação do princípio da prevalência da norma mais favorável, comum às relações de direito social e trabalhista, assim como a interpretação *pro homine*, cf. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid : Editorial Trotta, 2002, p. 112 e ss.

⁹³ Nesse sentido, cf. SARLET, I. W. “*Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social*”. In: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/04IngoWolfgangSarlet.htm>, acesso em 27-05-2010; e *Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, 10ª ed., 2009, p. 433 e ss.

⁹⁴ Cf. Barjas Negri, com referências à doutrina. In: BRASIL, Ministério da Saúde. “A Política de Saúde no Brasil nos anos 90: avanços e limites”. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 07. Disponível in: <http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/genero/livros.htm>, acesso 25-05-2008.

Importa sublinhar, portanto, que a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa a proteger (vida, dignidade, integridade física e psíquica, adequadas condições de vida e de desenvolvimento da pessoa, meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros), incide assim como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas, quer daquelas concernentes à exploração de recursos naturais e à produção de bens (com destaque para o licenciamento ambiental e urbano, em conjunto com as normas de direito ambiental), quer das atividades estabelecidas propriamente no setor da saúde, em especial no que concerne aos planos de saúde⁹⁵. Pela relevância pública de que se revestem as ações e serviços de saúde públicos e privados, estas acabam sendo jungidas à incidência de toda uma gama de normas jurídicas que densificam deveres de proteção constitucionais, dando resposta para o intrincado problema da solução de continuidade dos serviços de saúde, já que, embora a assistência seja prestada por particulares, não perde a relevância e o caráter público que lhe são inerentes, justificando a imposição de obrigações típicas do regime de direito público.

Guiado justamente pela relevância pública assim explicitada, o artigo 197 da CF ainda atribui ao Estado os deveres de regulamentação, fiscalização e controle das ações e dos serviços de saúde, públicos e privados, que se reportam à noção do direito à saúde como direito a prestações em sentido amplo, ou, mais especificamente, aos deveres de proteção e de organização de instituições e procedimentos, embora sem esgotá-los. Nesse contexto, merecem destaque os Conselhos e Conferências de Saúde, organizados de acordo com a Lei nº 8.142/90, cuja composição envolve a participação direta e paritária dos usuários (juntamente com representantes das esferas públicas, dos prestadores de serviços e dos profissionais da saúde) no controle das ações e serviços de saúde, com competência para a proposição de diretrizes e estratégias para as políticas públicas de saúde, controlando-as quanto à execução, inclusive em termos econômicos e financeiros. Relevante também o cumprimento dos deveres constitucionais por meio da criação e funcionamento de diferentes agências governamentais, dentre as quais a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), abrangendo a regulação, ainda que parcial, das ações e dos serviços de saúde desenvolvidos nos âmbitos público e privado. Em razão das interconexões do direito à saúde com outros direitos fundamentais, certas atividades submetem-se a controle, regulamentação e fiscalização por outras entidades, como o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI), responsável pela regulação do regime de patentes, cuja relevância é evidente no caso de substâncias como medicamentos, cosméticos e agrotóxicos; e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), envolvido diretamente com a proteção ambiental, certamente ligada à proteção da saúde pública. Importante assinalar, por fim, que o cumprimento desses deveres constitucionais, impostos ao Estado na condição de imperativos de tutela, deve também sujeitar-se a controle, inclusive judicial, em termos de proporcionalidade (proibição de excesso e vedação de insuficiência) e eficiência (CF, art. 37, *caput*), de modo a assegurar-se a sustentabilidade e equidade do sistema de saúde.

⁹⁵ Como lembra Roberto Augusto Pfeiffer, a assistência prestada pelas operadoras de planos e seguros de saúde não perde o caráter de “serviço de relevância pública”, determinado pelo artigo 197 da CF (PFEIFFER, R. A. C. “Cláusulas Relativas à Cobertura de Doenças, Tratamentos de Urgência e Emergência e Carências”. In: MARQUES, C. L. [et al.], 1999, op. cit., p. 73). Exemplo de restrição se encontra nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656/98, que criam regras sobre a manutenção dos planos ou seguros de saúde coletivos, não deixando ao desamparo os empregados despedidos sem justa causa e os aposentados. Para maior aprofundamento, consultar, na mesma obra coletiva, PASQUALOTO, A., op. cit., p. 55 e ss.

IV. A exigibilidade do direito fundamental à saúde como direito subjetivo: limites, possibilidades e a busca de critérios seguros para orientar a intervenção judicial.

Transcorridos mais de 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda não deixou de ser polêmica a discussão em torno dos limites e das possibilidades da exigibilidade⁹⁶ do direito à saúde, em nível administrativo ou judicial, mas especialmente na condição de direito subjetivo⁹⁷ oponível, individual e coletivamente, ao Estado e aos particulares. Tal fato decorre de muitas circunstâncias, como é o caso do caráter aberto, e, de certa forma, programático, dos artigos 6º e 196 da CF, se permite a abertura e permanente atualização do conteúdo e, portanto, da tutela oferecida pelas normas constitucionais e legais, também gera conflitos nesse processo de integração prática e tópica, especialmente no que concerne à definição concreta do objeto que estaria albergado pela proteção ou pelo dever de prestação jusfundamental.

Além disso, o reconhecimento da existência de uma dimensão economicamente relevante dos direitos fundamentais, que se evidencia mais fortemente nos direitos sociais e se intensifica quando pleiteados sob a forma de direitos a prestações materiais, impõe a discussão (dos critérios) das decisões sobre a alocação dos recursos públicos⁹⁸, seja porque são diversos os direitos, interesses e bens a serem tutelados, seja porque disso resulta a ponderação entre diferentes princípios constitucionais, explícitos e implícitos, notadamente aqueles a partir dos quais se estrutura o SUS, não raro resultando na discussão dos limites e restrições do direito à saúde concretamente considerado. Ao mesmo tempo, contudo, essa mesma relevância econômica justifica, de um lado, o cumprimento dos deveres de informação e transparência, de modo a se aferirem a distribuição e a adequada aplicação dos recursos públicos, em atenção às diretrizes específicas do SUS e aos objetivos fundamentais da República, pelo controle político e social sobre o orçamento e a eficiência das políticas públicas, segundo critérios de racionalidade e proporcionalidade, no duplo sentido de vedação do excesso e da insuficiência; e, de outra parte, é contrastada com a garantia fundamental de proteção do mínimo existencial, no sentido de salvaguarda das condições materiais mínimas à vida com dignidade e certa qualidade, que permita o desenvolvimento pessoal e a fruição dos demais direitos fundamentais, sociais ou não.

Neste sentido, o Judiciário tem sido cada vez mais chamado a solver inúmeros conflitos concretos sobre o direito à saúde e, uma vez lhe sendo vedado responder com o *non liquet*, alargou suas hipóteses de intervenção direta e controle, inclusive sobre as políticas públicas, podendo-se até mesmo falar, em hipóteses mais extremas, de uma hipertrofia jurisdicional nesta seara – o que hoje vem sendo substituído pela busca de critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas, num claro resgate do sentido da noção de *jurisprudência*, com destaque para o diálogo interdisciplinar (mediante, por exemplo, a

⁹⁶ Cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., op. cit.; e FIGUEIREDO, M. F., op. cit., em que analisados alguns dos parâmetros mínimos de garantia do direito à saúde em oposição às objeções passíveis de incidência na questão da exigibilidade judicial desse mesmo direito.

⁹⁷ Sustentando a insuficiência do modelo jurídico do direito subjetivo como instrumento para a tutela do direito à saúde, cf. LIMA, R. S. de F. “Direito à saúde e critérios de aplicação”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.), op. cit., p. 11-53 (especialmente p. 42-49).

⁹⁸ Observe-se, a propósito, que mesmo depois de aprovada no ano de 2000, com o nítido objetivo de resolver o problema geral do financiamento das políticas públicas de saúde, a Emenda Constitucional nº 29 ainda pendente de regulamentação definitiva por lei complementar, que estabeleça os critérios de rateio dos recursos entre as esferas federativas (“objetivando a progressiva redução das disparidades regionais”, aliás) e “as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde” – o que só corrobora a complexidade das decisões alocativas nesse campo.

consideração dos princípios da Bioética, da utilização da “medicina de evidências” e de critérios para o uso racional de medicamentos) e interinstitucional, do qual são exemplos os projetos pioneiros de criação de mecanismos de conciliação pré-judicial nessa seara.

4.1. As diferentes posições jurídico-subjetivas decorrentes do direito fundamental à saúde e o problema de sua efetivação diante da assim denominada “reserva do possível”.

Como já referido, o direito à (proteção e promoção da) saúde engloba uma gama de posições jurídico-subjetivas de natureza diversa (direitos de defesa, direitos à proteção, direitos a organização e procedimento, direitos a prestações materiais), cujas peculiaridades repercutem sobre a efetividade que se lhes pode reconhecer. Vale aqui recuperar a distinção entre direitos originários e direitos derivados a prestações, centrada na possibilidade de exigibilidade do objeto assegurado pela norma de direito fundamental a partir da aplicação direta da norma constitucional (direitos originários), ou mediada pela legislação ordinária e/ou por um sistema de políticas públicas já implantado, como direito de (igual) acesso às prestações já disponibilizadas, quer dizer, a prestações cujo fornecimento já está previsto na esfera infraconstitucional (direitos derivados)⁹⁹. No caso do direito à saúde, e presente o quadro predominante na doutrina e na jurisprudência pátrias, não se constata maiores problemas quanto ao reconhecimento de sua eficácia e efetividade como direito de defesa, a coibir interferências indevidas na saúde das pessoas, individual e coletivamente consideradas, e, paralelamente, no âmbito da dimensão protetiva, quer pela imposição de um dever geral de respeito à saúde pessoal e pública, por parte do Estado e dos particulares, como pauta de conduta (*standard*) a ser observada, quer pela imposição de um dever de aplicação minimamente razoável dos recursos orçamentários, como prescrito pelo texto constitucional. Já a efetivação da dimensão prestacional *lato sensu* do direito à saúde, no que diz com a garantia da organização de instituições e procedimentos, parece, em geral, dependente dos atos normativos conformadores, e, portanto, ocorre primordialmente de modo derivado, remetendo à discussão, para além do que já foi exposto, dos instrumentos de controle das omissões inconstitucionais, em termos da inexistência ou de manifesta insuficiência das medidas de concretização do direito à saúde, com destaque para o papel do Supremo Tribunal Federal nesta seara (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção). Em função disso, torna-se bem mais difícil falar de um típico direito subjetivo originário a prestações de cunho normativo, à exceção, talvez, apenas dos deveres de organização e procedimento necessários à operacionalização do próprio SUS, uma vez que protegido como garantia institucional fundamental, que se impõem como imperativos de tutela ao Estado.

É certamente na condição de direito a prestações materiais, no entanto, que o direito à saúde suscita as maiores controvérsias. Retomando o que já foi exposto, há o problema da definição mais precisa do conteúdo das prestações, sendo insuficientes as referências constitucionais às noções de cura, prevenção ou promoção (art. 196), assim como a um imperativo genérico de “integralidade” (art. 198, II). As dificuldades daí resultantes se evidenciam na prática, mormente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário¹⁰⁰ – fato que, por sua vez, revela a relevância da concretização

⁹⁹ Para maior aprofundamento, cf. SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 299 e ss. Especificamente quanto ao direito à saúde, cf. FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 87 e ss.

¹⁰⁰ Ressaltando o caráter não-igualitário das decisões judiciais que concedem direitos sociais, cf. LOPES, J. R. de L. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B., op. cit., p. 173-193 (especialmente p. 186 e ss.). Ainda na mesma obra coletiva, conferir: LUPION, R. “O direito fundamental à saúde e o princípio da

da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais¹⁰¹ e, de modo especial, do direito à saúde. Em função disso, já há autores¹⁰² sustentando uma necessária prevalência das ações de caráter coletivo, muitas vezes sob a acepção de “políticas públicas”, em detrimento dos processos judiciais de cunho individual, com o argumento de que estes últimos não consistiriam o meio adequado à postulação de prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, pois inviabilizariam decisões de “macro-justiça”. Reiterando o que já referido quando se tratou da titularidade do direito à saúde, não se pode deixar de acentuar que o direito à saúde é, antes de tudo (e sempre, também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano como tal. Isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá prescindir de uma tutela pessoal e individual, ainda que isso se dê como resultado (ou execução individual) de processos de caráter coletivo. Por outro lado, tais concepções deixam de ponderar que o acesso à jurisdição, aí compreendida como jurisdição eficiente e plena, é também assegurado como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da CF), motivo pelo qual não se pode concordar com a tese que refuta, em termos absolutos, a judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde¹⁰³. Mais uma vez, reforça-se a necessidade de investigação e análise mais aprofundada das dimensões organizatória e procedimental do direito à saúde, em busca de melhores soluções para as dificuldades de operacionalização prática desse direito, sobretudo como direito a prestações materiais.

De outra parte, não há como pura e simplesmente negligenciar o problema da limitação dos recursos públicos (e privados) para assegurar o direito fundamental à saúde, que envolve a questão da chamada “reserva do possível”¹⁰⁴ e o debate em torno das decisões acerca da alocação dos recursos públicos. O argumento da reserva do possível se desdobra em pelo

impessoalidade”, p. 352-353; e, abordando o tema a partir do prisma “micro-justiça x macro-justiça”, para salientar que esta não existe sem aquela, BARCELLOS, A. P. de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, p. 111-147, mas especialmente p. 139. Conferir, ainda, SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 323 e ss.

¹⁰¹ Sobre o assunto, cf. FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 91, com remissão a Canotilho.

¹⁰² A título ilustrativo, confirmam-se alguns dos ensaios publicados em SARLET, I. W.; TIMM, L. B., op. cit., sobretudo: TIMM, L. B. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?”, p. 55-68; SCAFF, F. F. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”, p. 149-172 (o autor contrapõe a efetivação individual do direito à saúde às políticas públicas); LOPES, J. R. de L. “Em torno da reserva do possível”, p. 173-193 (em especial p. 191 e ss., em que o autor contrasta a efetivação individual do direito à saúde com o princípio da igualdade); e LIMA, R. S. de F. “Direito à saúde e critérios de aplicação”, op. cit., p. 265-283 (ver p. 275-279, defendendo a insuficiência do modelo teórico do direito subjetivo para a efetivação do direito à saúde como “relação de justiça social”). Em sentido semelhante, e conforme já referido anteriormente: BARROSO, L. R. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, op. cit., p. 31-61. Ainda: SOUZA NETO, C. P. de., op. cit., p. 515-551; SARMENTO, D., p. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “O Direito a Prestações em Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata”, op. cit., p. 803-826; e HENRIQUES, F. V. op. cit., p. 827-858. Na mesma direção, mas a partir da análise estatística de dados colhidos junto à realidade de pacientes da cidade de São Paulo, consultar SILVA, V. A.; TERRAZAS, F. V. “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded”, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1133620>, consulta em 19-06-2008.

¹⁰³ Enfocando a problemática do direito subjetivo, cf. MELLO, C. A. “Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo”. In: MELLO, C. A. (coord.) *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 105-138. Na mesma obra coletiva, consultar ainda: BARZOTTO, L. F. “Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética”, p. 47-88, embora apresentando proposta mais restritiva e avessa, em termos gerais, à titularidade individual.

¹⁰⁴ Sobre a reserva do possível e o direito à saúde, cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 11-53; e FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 131-177.

menos dois aspectos: um primeiro, de contornos eminentemente fáticos, e outro, de cunho prevalentemente jurídico. O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro-orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde. Não se trata, portanto, apenas das restrições orçamentárias, mas do questionamento acerca da limitação dos recursos de saúde, pois restritos em sua existência e disponibilidade – v.g., profissionais especializados, leitos em Centros e Unidades de Tratamento Intensivo (CTI's/UTI's), aparelhagem para tratamentos e exames de alta complexidade, bem como, no limite, da efetiva ausência de reservas financeiras¹⁰⁵.

Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências, pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica. De modo sucinto, confrontam-se os argumentos da inviabilidade de se proceder ao controle judicial das políticas públicas, em especial no que concerne à decisão sobre a alocação dos recursos públicos (com especial destaque para o princípio constitucional da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da CF), e a garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF), que impede o magistrado de responder com o *non liquet* e, pelo menos no que tange à garantia do mínimo existencial, vem reiteradamente respaldando decisões judiciais de garantia de tutela originária do direito à saúde. No que tange ao princípio federativo (arts. 1º e 18 da CF), a reserva do possível relaciona-se essencialmente às noções de descentralização, regionalização e hierarquização das ações e dos serviços de saúde (art. 198 da CF), que se concretizam mediante a distribuição constitucional de competências legislativas e executivas (arts. 22 e ss. da CF). Por outro lado, verifica-se que o marco jurídico-constitucional enfatiza a preferência por soluções consentâneas com os princípios da subsidiariedade, da eficiência e da proporcionalidade, diante das características do caso concreto e tendo por objetivo, a final, atribuir a responsabilidade ao ente (público ou privado, a depender do caso) que detenha as condições de melhor realizar o direito à saúde¹⁰⁶. Resta em aberto, contudo, uma análise realmente mais aprofundada sobre a estruturação e conformidade dessas competências, em termos verticais e horizontais, com os princípios da solidariedade e subsidiariedade, tanto para a definição mais certa e transparente da responsabilidade de cada ente federativo pela execução das ações e serviços de saúde, quanto no que concerne ao delicado equilíbrio das incumbências do Poder Público e da iniciativa privada relativamente à concretização do direito à saúde.

Dentro desse quadro, cumpre referir que se nota uma forte tendência jurisprudencial e doutrinária no sentido do reconhecimento de posições subjetivas, inclusive originárias, decorrentes do direito à saúde na condição de direito a prestações materiais, seja nas hipóteses de iminente risco para a vida humana (como, aliás, amplamente reconhecido no direito estrangeiro¹⁰⁷), seja naqueles casos em que a prestação possa ser reconduzida à noção de

¹⁰⁵ Salientando o problema da escassez dos recursos de saúde, cf. AMARAL, G.; MELO, D. “Há direitos acima dos orçamentos?” In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B., op. cit., p. 98.

¹⁰⁶ Cf. SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 323 e ss.

¹⁰⁷ Citam-se, exemplificativamente: no direito colombiano: ARANGO, R.; LAMAÎTRE, J. (dir.). *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*. Caracas: Ediciones Uniandes, 2002; no direito argentino: ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., op. cit.; no direito francês: MATHIEU, B. “La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998”. In: *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 6, 1998. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm>, consulta em 18-04-2005; no direito português: CANOTILHO, J. J.

mínimo existencial, isto é, à garantia de condições mínimas à vida com dignidade e certa qualidade. Neste sentido, cabe mencionar o significativo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR nº 271.286/RS (DJ 24-11-2000), a partir do qual, ressalvadas anteriores decisões isoladas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e das instâncias ordinárias vem chancelando a possibilidade de reconhecimento de posições subjetivas originárias às mais diversas prestações materiais, com objetivo de efetivação do direito à saúde. Quanto à relação entre o direito à saúde e a garantia do mínimo existencial, não se pode deixar de salientar o precedente estabelecido pelo mesmo Pretório Excelso no julgamento da ADPF-MC nº 45 (DJ 04-05-2004), que, apesar de extinta por superveniente perda de objeto, asseverou que a efetivação do direito à saúde reporta-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar “com reservas” a alegação, por parte do Estado, de violação à reserva do possível.

Mais recentemente, e já considerando as opiniões colhidas durante a Audiência Pública realizada entre abril e maio de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, o acórdão exarado no julgamento da STA-AgRg (DJe 29-04-2010), de relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes e apreciado pelo Pleno, procurou firmar alguns parâmetros a respeito da efetividade do direito à saúde, inclusive em termos judiciais. Retomando a fundamentação já adiantada nas decisões monocráticas proferidas na SL nº 228 e na própria STA nº 175, o acórdão afirma, dentre outros aspectos importantes: a) a competência do Judiciário para o controle das políticas públicas, notadamente porque o problema, na maior parte das vezes, está no descumprimento de diretrizes legislativas já estabelecidas; b) a existência de direito subjetivo sempre que haja omissão estatal no cumprimento de política pública de saúde já estabelecida anteriormente; c) o caráter coletivo, mas também individual do direito à saúde; d) a solidariedade entre os entes federativos das três esferas, com base nas competências constitucionais comuns e segundo o princípio da lealdade à Federação, devendo-se buscar a construção de um modelo cooperativo, com a definição das responsabilidades internas, sobretudo quanto ao financiamento¹⁰⁸; e) uma presunção em favor dos tratamentos oferecidos pelo SUS, porque respaldados na Medicina Baseada em Evidências (*Evidence Based Medicine*), o que não impede a impugnação judicial, seja diante de ineficácia ou impropriedade da política pública existente, seja porque haja omissão administrativa no que respeita à inclusão de novos tratamentos, observada, em qualquer caso, a ampla produção probatória; f) a necessidade de análise individualizada do caso, que pode justificar a intervenção do Judiciário ou da própria Administração no sentido de fornecer tratamento diferente daquele usualmente custeado pelo SUS, sempre que se tratar da ineficácia do tratamento oferecido diante das condições pessoais do indivíduo; g) a impossibilidade de condenação do Estado ao fornecimento de tratamentos experimentais; h) a importância de que os medicamentos pleiteados em juízo possuam registro junto à ANVISA, embora isso não constitua um empecilho intransponível; i) a natureza programática inerente ao direito à saúde como tal, que se encontra aberto à evolução da própria medicina.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça, e para além da jurisprudência já antes estabelecida a respeito da efetivação do direito à saúde, tanto pelo Poder Público, como pelos particulares,

G. 2003, op. cit.; e NOVAIS, J. R. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

¹⁰⁸ Importante salientar que o acórdão não “fechou” completamente essa questão, tendo em conta os limites próprios ao juízo de contra-cautela das suspensões de segurança, bem como o fato de que a matéria ainda pende de discussão do âmbito do RE nº 566.471/, cuja repercussão geral foi reconhecida, relator Min. Marco Aurélio: “SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.”

com especial relevo para os planos de saúde, merecem atenção os processos submetidos ao novo procedimento de julgamento destacado e de certo modo vinculante, assim designados “representativos da controvérsia” (CPC, art. 543-C). São os recursos especiais que pretendem definir as seguintes questões: REsp nº 1.069.210/RS, “*fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde, sob pena de bloqueio ou seqüestro de verbas do Estado, a serem depositadas em conta-corrente*”; REsp nº 1.102.457/RJ, “*obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria nº 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)*”; REsp nº 1.110.552/CE, “*legitimidade ad causam do Ministério Público para pleitear medicamento necessário ao tratamento de paciente*¹⁰⁹, *bem como acerca da admissão da União Federal como litisconsorte passiva necessária, nesta modalidade de demanda*”; REsp nº 1.101.725/RS, “*possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 461 do CPC nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos imposta ao ente estatal*”. A seleção das questões atende à reiterada propositura de ações envolvendo tais controvérsias, que, de uma forma ou outra, perpassam a temática dos limites da efetivação do direito à saúde, havendo forte tendência que, pelo menos quanto aos aspectos declinados, possa firmar-se uma orientação jurisprudencial de caráter definitivo.

4.2. O princípio da igualdade e a interpretação dos conceitos de gratuidade, universalidade e atendimento integral na efetivação do direito fundamental à saúde.

A garantia de “acesso universal e igualitário” (CF, art. 196) às ações e aos serviços de saúde coaduna-se, mormente no contexto de países com marcada desigualdade social como o Brasil, com a exigência de cotejo entre a necessidade da prestação postulada e as reais possibilidades do interessado e da sociedade em oferecê-la, o que justifica o questionamento da equiparação entre as noções de universalidade e gratuidade de atendimento e tratamento¹¹⁰. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, pode-se sustentar que a efetiva necessidade haverá de consistir em parâmetro a ser sopesado na avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente¹¹¹), assimilada à noção mais corrente de equidade¹¹² (no acesso e na

¹⁰⁹ Essa questão também se encontra pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral ao RE nº 605.533/MG, relatado pelo Min. Marco Aurélio: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECUSA NA ORIGEM – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas.”

¹¹⁰ Nesse sentido, cf. SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 323 e ss; FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 170 e ss.; e, ainda, SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., op. cit., p. 44-45.

¹¹¹ Cf. NOVAIS, J. R., op. cit., p. 109.

¹¹² No âmbito do direito sanitário, o princípio da igualdade é normalmente compreendido no sentido de isonomia formal, deixando-se para o princípio da equidade aquilo que, em Teoria do Direito, corresponderia à noção de igualdade em sentido material ou substancial. Nesse sentido, e a título meramente exemplificativo, texto preparado pelo Ministério da Saúde esclarece: “[o] princípio da equidade reconhece que os indivíduos são diferentes entre si e, portanto, merecem tratamento diferenciado, de modo a eliminar/reduzir as desigualdades existentes” (cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Economia da Saúde. Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS. “A Alocação Equitativa Inter-regional de Recursos Públicos Federais do SUS: A Receita Própria do Município como Variável Moderadora”. Relatório de Consultoria – Projeto 1.04.21. Brasília, 20 de setembro de 2004. In http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Aloc_Equitativa_SIOPS.pdf, acesso 24-05-2008, p. 09).

distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos bens jurídicos em causa).

Em síntese, tais circunstâncias revelam que o tema da gratuidade do acesso e da assistência à saúde – que não é necessariamente a regra no direito comparado – devem ser melhor investigados e avaliados, sobretudo para efeito de uma distribuição mais eqüitativa das responsabilidades e encargos, seja pela maximização do acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema público de saúde, seja pela melhor distribuição dos próprios recursos de saúde, com o conseqüente incremento na qualidade da assistência prestada – o que reconduz aos objetivos fundamentais da República, previstos pelo artigo 3º do texto constitucional. Ao contrário do que defende possivelmente a maioria da doutrina¹¹³, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais. A concepção de uma igualdade substancial (inclusive no que diz com a observância das diferenças) poderia, desde que assegurado o acesso universal a serviços de qualidade, levar à restrição da gratuidade (pelo menos para compreendê-la como uma tendencial gratuidade, consoante passou a estabelecer a Constituição Portuguesa após uma revisão quanto a este ponto¹¹⁴) do acesso e das prestações oferecidas no âmbito do SUS, como já verificado em algumas políticas públicas¹¹⁵, assim como sustentado em parte da literatura especializada e na jurisprudência¹¹⁶.

Nesse contexto, sem prejuízo de outras questões relevantes, vislumbram-se dois questionamentos recorrentes na seara jurisprudencial e que merecem pelo menos alguma atenção. No primeiro caso, cuida-se da polêmica busca de reconhecimento judicial da possibilidade de internação e pagamento da chamada “diferença de classe”, ou seja, o pagamento de uma remuneração complementar, pelo indivíduo que acessa gratuitamente os serviços de saúde, com finalidade de receber tratamento diferenciado (quarto privativo, por exemplo), admitida há algum tempo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹⁷ e que coloca dúvidas a respeito da forma por que vem sendo interpretada a gratuidade da

¹¹³ Com fundamentação mais aprofundada, confira-se a posição defendida por WEICHERT, M. A. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, especialmente p. 158-162, sobre os princípios da universalidade e igualdade, e p. 169-171, quanto ao atendimento integral.

¹¹⁴ O artigo 64º do texto constitucional português, que inicialmente previa o acesso universal, igualitário e gratuito aos serviços de saúde, passou a estabelecer que “[o] direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito. [...]”. Essa alteração já fora antecipada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional lusitano, que, no Acórdão nº 330/89 – antes, portanto, da alteração formal da Constituição – admitira a fixação de “taxas moderadoras” para o acesso aos cuidados públicos de saúde.

¹¹⁵ Em caráter ilustrativo, refira-se que a legislação estadual gaúcha já prevê a necessidade de prévia comprovação da carência de recursos económicos por parte do cidadão-requerente, como pressuposto à prestação estatal de medicamentos excepcionais, nos termos da Lei nº 9.908, de 16-06-1993. No âmbito nacional do Sistema Único de Saúde, o artigo 43 da Lei nº 8.080/90 preserva a gratuidade apenas no que se refere a ações e serviços públicos já contratados, a indicar que a gratuidade não é a regra geral do SUS (art. 43: “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”).

¹¹⁶ Cf., entre outros, SARLET, I. W., 2009, op. cit., p. 323 e ss.; AZEM, G. B. N. “Direito à Saúde e Comprovação da Hipossuficiência”. In: ASSIS, A. de. (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*, p. 13-25; e FIGUEIREDO, M. F., op. cit, p. 170 e ss.

¹¹⁷ O primeiro precedente a respeito do tema parece ter sido estabelecido pelo então Min. Ilmar Galvão, no julgamento do RE 226.835/RS (DJ 10-03-2000). Mais recentemente, conferir decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 516.671/RS (DJe 06-04-2010), citando diversos precedentes STF sobre o tema.

assistência pública à saúde. Se os indivíduos, no caso concreto, necessitavam de internação em quarto privativo pelo quadro de saúde que apresentavam (o que aqui não se tem condições de avaliar) a solução mais adequada talvez tivesse de passar pela garantia de integralidade do atendimento, compreendido como tratamento adequado e digno, e, dessa forma, pela imposição de oferta de quarto privativo custeado pelo próprio sistema público, em face das especiais circunstâncias dos pacientes, mas, reitero-se, apenas havendo indicação clínica da absoluta necessidade da internação privativa. Modo diverso, uma vez admitida a complementação de pagamento e, portanto, excepcionada a pretendida gratuidade dos serviços de saúde, tal possibilidade deverá ser assegurada por um procedimento transparente (notadamente em termos de controle sobre o ingresso e a destinação desses recursos) e isonômico, ou seja, a todas as pessoas que se disponham a financiar parcialmente o próprio tratamento junto ao serviço público de saúde. De qualquer modo, extremamente controversa a questão, ainda mais quando se pode, mediante tal possibilidade, estimular a criação de um sistema de saúde pública operando em dois níveis de qualidade e assegurando privilégios para quem já dispõe de uma situação econômica mais fortalecida e que assegura o pagamento de um plano de saúde privado, em detrimento da camada mais desfavorecida (e numerosa) da população e dos já mencionados objetivos constitucionais (construção de uma sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, promoção do bem de todos). Assim, por todo o exposto, tais decisões (assegurando o pagamento complementar de quarto privativo), que de resto se reportavam a uma lógica do antigo INAMPS, devem ser objeto de uma recontextualização à luz dos princípios e diretrizes do SUS, além de intenso debate e reflexão crítica, de tal sorte que não é nosso intento enunciar aqui um juízo conclusivo e afirmativo da correção de uma ou de outra solução

Outra situação ainda pendente de uma solução satisfatória e que tem sido enfrentada pela jurisprudência diz com o problema do ressarcimento dos serviços prestados pelo SUS, públicos ou por entidade conveniada ou contratada, a pessoas que se encontrem alcançadas pela cobertura de planos de saúde privados, na esteira do que determina a legislação específica (Lei nº 9.656/98, art. 32¹¹⁸). A prevalência da orientação no sentido da obrigatoriedade do ressarcimento ao SUS, que parece conjugar a gratuidade dos serviços públicos com a exigência de igualdade substancial, não consegue, todavia, dar conta das hipóteses em que o SUS não identifica o indivíduo atendido como titular de algum plano de saúde, cabendo lembrar que a regulação do setor, com a criação de cadastros e registros dos beneficiários de planos de saúde, surgiu de modo mais efetivo apenas depois da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no ano de 2000, o que permite questionar o real alcance desses dados.

No que diz respeito à integralidade do atendimento, para além das outras questões tratadas, importa lembrar a existência de limites de ordem técnica e científica ao deferimento de certas prestações materiais, calcados em critérios de segurança e eficiência do tratamento dispensado que, em sentido mais amplo, reportam-se ainda às noções de economicidade¹¹⁹. Neste contexto, algumas diretrizes podem ser sugeridas: a) dado ao caráter eminentemente técnico e público que apresentam, deve-se reconhecer uma presunção em favor da adequação das diretrizes terapêuticas e dos protocolos clínicos estabelecidos pelas autoridades sanitárias

¹¹⁸ Lei nº 9.656/98, art. 32: “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.” (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

¹¹⁹ Defendendo tese semelhante, cf. HENRIQUES, F. V., op. cit., especialmente p. 834 e ss.

competentes, o que inclui os medicamentos e tratamentos previstos nas listas oficiais de fornecimento pelo SUS, mas não exclui, por sua vez, o dever de permanente atualização desses mesmos instrumentos normativos, de forma a acompanharem os avanços da ciência; b) em decorrência da aplicação conjunta dos princípios da precaução, da prevenção e da eficiência, aliados ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive no sentido de proteção do indivíduo contra si mesmo, pode-se sustentar uma presunção de vedação aos tratamentos e medicamentos experimentais (o que inclui as hipóteses de inexistência de registro junto à ANVISA, assim como de registro para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado¹²⁰, mas que também não exclui, conforme já referido, a possibilidade de questionamento das listas oficiais do SUS, especialmente diante de prova robusta da eficácia e segurança do tratamento pleiteado), custeados pelo SUS – o que não impede, portanto, a participação dos interessados no desenvolvimento de pesquisas, em conformidade às normas éticas, sob o controle dos órgãos competentes para tanto e mediante responsabilidade das entidades interessadas nos resultados a serem obtidos¹²¹; c) o estabelecimento de uma preferência pelo uso da Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, quando isso não for possível, pela Denominação Comum Internacional (DCI)¹²², além da evidente prevalência pelo uso dos “medicamentos genéricos”, idênticos em termos de bioequivalência e biodisponibilidade, nas imposições de tratamentos no âmbito do SUS, ou de alguma forma custeados com recursos públicos. Quanto aos planos de saúde, ademais de uma tendência de conformação às diretrizes da *Evidence Based Medicine*, cabe registrar que a própria Lei nº 9.656/98 admite restrições à cobertura oferecida (art. 10), como no caso de tratamentos experimentais ou meramente estéticos, de fornecimento de medicamentos importados ainda não nacionalizados e medicamentos para tratamento domiciliar – hipótese que pode gerar conflitos, como no exemplo dos neoplásicos que não demandam internação hospitalar, matéria que, de resto, foge aos lindes deste ensaio. Em suma, não se pode ampliar de modo desproporcional os riscos impostos ao Estado e à sociedade sem qualquer limitação, mormente em homenagem aos princípios da prevenção e da precaução e aos imperativos de tutela decorrentes da proteção à saúde, individual e coletiva.

De outra parte, merece destaque a dúvida, cada vez mais freqüente na doutrina, acerca da real efetividade das decisões judiciais que asseguram prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, perquirindo-se até que ponto são estas aptas à realização da “justiça distributiva”, ainda mais quando se cuida de demandas individuais¹²³. Um dos argumentos centrais da tese – não

¹²⁰ Trazendo diversos dados sobre o processo de pesquisa e registro de medicamentos junto ao *Food and Drug Administration* (FDA), com uma abordagem crítica a respeito de diferentes estratégias de pesquisa e marketing utilizadas pelos laboratórios farmacêuticos, cf. ANGELL, M. *A Verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos*. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007. Entre as diversas informações que mereceriam destaque e reflexão, vale citar a seguinte referência: “[o] jornal *USA Today* examinou os registros de reuniões da FDA relativas a 2000 e descobriu que ‘em 92% das reuniões, pelo menos um membro tinha conflito de interesse financeiro’ e ‘em 55% das reuniões, metade ou mais dos conselheiros da FDA tinha conflito de interesses’” (p. 224) – fato que indica, no contexto brasileiro, pelo menos a necessidade de maior cautela no deferimento de ordens judiciais de uso de medicamentos não aprovados pelas autoridades sanitárias brasileiras sob o argumento de que, já contando com o aval da FDA norte-americana, esse requisito ficaria suprido.

¹²¹ Algumas situações são comuns à jurisprudência estrangeira. No direito colombiano, a Corte Constitucional convalidou a negativa de fornecimento de tratamento cuja eficiência não estava comprovada pelas instâncias administrativas competentes (T-076, de 1999) – conforme ARANGO, R., “O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana”, op. cit., p. 734. No direito argentino, a Corte Superior de Justicia de la Nación, em decisão de 1987, já entendia que “es razonable afirmar que es condición inexcusable del ejercicio legítimo de ese derecho [o direito à saúde], que el tratamiento reclamado tenga eficiencia para el fin que lo motiva”, vedando a submissão do filho da autora da ação a uma experiência farmacológica; conferir: CAYUSO, S. G., op. cit., p. 43.

¹²² Cf. artigo 3º da Lei nº 6.360/75, na redação da Lei nº 9.787/99.

¹²³ Ressaltando o caráter não-igualitário das decisões judiciais que concedem direitos sociais, cf. LOPES, J. R. de L. “Em torno da ‘reserva do possível’”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B., op. cit., p. 173-193 (especialmente p.

sem respaldo em dados concretos – sublinha o fato de que as decisões judiciais tutelam apenas quem tem acesso à justiça, e que esta é uma minoria da população, e uma minoria que não reflete exatamente o conceito de “necessitado”. Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de forma a promover a emancipação das pessoas menos favorecidas da população – e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem em condições de pobreza ou até de miséria absoluta –, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individuais, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade substancial, nem parece atender aos objetivos fundamentais da República, elencados no artigo 3º da CF. Por outro lado, já se observou que, embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas (v.g., controle prévio do orçamento¹²⁴) e ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde. Impedir o acesso à justiça a quem foi excluído, pelo Estado ou por particulares (caso comum das restrições à cobertura dos planos de saúde), das prestações de saúde certamente também não é a melhor forma de realizar as exigências da igualdade substancial¹²⁵. Certo é que a discussão ainda permanece aberta, mas desde já importa chamar a atenção para o drama pessoal daqueles cujo mínimo existencial está muito longe de ser implementado, entre outros, pela absoluta insuficiência de meios de acesso à justiça, por vezes “distribuída” a verdadeiros *free riders*. Tudo isso destaca, outrossim, a relevância da já mencionada dimensão organizatória e procedimental do direito à saúde e do próprio SUS, bem como a necessidade de repensar os mecanismos de tutela, investindo na consideração, por parte dos operadores do Direito, das conseqüências das decisões e apostando naquilo que se tem chamado de “diálogos institucionais”¹²⁶.

V. Considerações finais:

Um ponto ainda nevrálgico à garantia de efetiva proteção do direito fundamental à saúde certamente se encontra no financiamento e, de modo especial, na implantação de instrumentos que assegurem um contínuo fluxo de caixa entre os entes federativos. Nesse passo, as contradições entre uma realidade de centralização de recursos e um ideal de federalismo cooperativo abrem todo um novo capítulo à discussão (inviável, todavia, nos limites deste trabalho), assim como, pelo menos, a garantia de aplicação dos percentuais mínimos estabelecidos pelo texto constitucional para as ações e os serviços de saúde. As dificuldades de real efetivação da Emenda Constitucional nº 29/2000, somadas à problemática da Desvinculação das Receitas da União (DRU), rondam as políticas públicas de saúde como verdadeiras ameaças, impondo um fundado receio a respeito do sucesso dos programas de saúde. A carência de infra-estrutura nos diferentes níveis de complexidade do sistema, por sua

186 e ss.). Ainda na mesma obra coletiva, e conforme já citado, conferir: LUPION, R., p. 352-353; e, abordando o tema a partir do prisma “micro-justiça x macro-justiça”, para salientar que esta não existe sem aquela, BARCELLOS, A. P. de., p. 111-147 (mas especialmente p. 139). Ainda: SARMENTO, D., op. cit., p. 553-586.

¹²⁴ Entre muitos outros textos que poderiam ser sugeridos, confira-se o recente artigo de Eduardo Mendonça intitulado “Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas”, em que sustenta a possibilidade, maior ou mais restrita, de vinculação do Executivo às alocações definidas no orçamento público. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.), op. cit., p. 231-278.

¹²⁵ Fazendo o contraponto à crítica da desigualdade de acesso à justiça, que beneficiaria predominantemente a classe média, Cláudio Pereira de Souza Neto propugna como solução “aumentar o acesso à justiça do pobre”; cf., op. cit., p. 533-534.

¹²⁶ Idem, p. 529 e 546. No mesmo sentido, v. ainda, entre outros, BINENBOJM, G.; CYRINO, A. R. “O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos”, in: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.), op. cit., p. 997 e ss., versando também sobre as vantagens da inserção de elementos da análise econômica do direito na apreciação pelo Poder Judiciário de demandas que envolvam a intervenção na esfera da prognose legislativa.

vez, embora atenuada pelas diversas ações estatais que vêm sendo realizadas, ainda é uma realidade enfrentada por muitos brasileiros, e, pior, pelos mais carentes, que não têm a opção pelos serviços privados dos planos e seguros de saúde, menos ainda o acesso aos consultórios e clínicas particulares.

Em termos jurisprudenciais, a especialização dos magistrados, tanto pela criação de Varas Especializadas nas questões de saúde, quanto pelo aperfeiçoamento em nível técnico-formativo específico, pode ser um caminho a ser cogitado, em busca de uma compreensão mais ampla e, ao mesmo tempo, aprofundada sobre o tema, bem como de um melhor aparelhamento, especialmente se incentivado o exercício de um papel mais ativo por parte do juiz da causa. Iniciativas recentes do Conselho Nacional de Justiça, como a inclusão do “direito à saúde” no conteúdo mínimo dos concursos públicos para ingresso na magistratura e a divulgação de orientações que auxiliem o processamento e decisão das ações judiciais sobre medicamentos, tudo conforme disposto na Recomendação nº 31 (DJe 07-04-2010)¹²⁷, parecem trilhar essa mesma direção, embora não se possa afastar o risco de uma interferência indevida na autonomia e independência decisória dos Juízes, que desde logo deve ser refutada. De outra parte, a necessidade de profissionais especializados e que não apresentem conflito de interesses com a matéria discutida na demanda em juízo abre espaço não somente para a formação de novos *experts*, quanto para a colaboração das entidades de classe, especialmente dos profissionais da saúde – relevando, também aqui, outra faceta dos princípios constitucionais da subsidiariedade, da eficiência, da solidariedade e da cooperação, pela procura por informações de quem as possa dispor e prestar com maior propriedade e isenção.

Ao mesmo tempo, a discussão dos critérios acerca da alocação dos recursos públicos, financeiros e sanitários, em programas de saúde e em outras políticas públicas, traz a lume o questionamento sobre os limites e as possibilidades do controle judicial nesta seara. A solução certamente não se encontra nos extremos, isto é, nem no ativismo judicial exacerbado, nem tampouco na omissão judicial a respeito, mas requer um esforço dos operadores do Direito no sentido de criarem mecanismos e foros adequados para a discussão, revigorando o sentido do princípio da separação dos Poderes como harmonização e mútua colaboração, especialmente diante dos objetivos maiores fixados pelo artigo 3º do texto constitucional. A tendência de elaboração de pautas objetivas (*standards*) que possam auxiliar o magistrado na decisão do caso concreto merece todo o aplauso e reconhecimento, indicando uma diretriz mais segura a ser perseguida, tanto nas ações individuais, quanto na tutela coletiva da saúde, desde que – e este ponto há de ser destacado! – não resultem em desconsideração da individualidade dos casos e acarretem a funcionalização do direito fundamental e da dignidade de cada pessoa em prol de um absoluto interesse coletivo. Além disso, há que enfatizar a discussão proposta por diversos doutrinadores acerca das ações coletivas sobre o direito à saúde, especialmente se a elas se puderem aportar novos instrumentos, como é o caso da intervenção do *amicus curiae*, agregando elementos fáticos importantes à compreensão da matéria e, pois, ao deslinde da própria causa, assim como o incentivo a novas formas de acordos pré-judiciais ou, quando isso não for possível, no desenvolvimento de competências normativas semelhantes àquelas já vigentes no (também social) direito do trabalho.

No campo específico das relações entre particulares, o registro, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) da existência, em de 2009, de 41,9 milhões de vínculos de

¹²⁷ O inteiro teor do documento está disponível no *site* do Conselho Nacional de Justiça, no seguinte endereço eletrônico: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10547:recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515.

beneficiários de planos de saúde de assistência médica, em 1.516 operadoras do setor, sendo que 30,9 milhões desses vínculos se davam por meio de planos coletivos¹²⁸, demonstra a absoluta relevância do tema e, num sentido mais amplo, do aprofundamento da investigação em torno das relações entre os setores público e privado no que respeita à efetivação do direito à saúde. Nesse sentido, a pendência de julgamento final da ADI nº 1.931/DF também permite a discussão da efetividade do direito à saúde no que respeita às interconexões com outros direitos fundamentais, notadamente voltados à proteção de grupos especiais de pessoas, indicando, por sua vez, a necessidade de uma reflexão talvez mais comprometida com os objetivos elencados no artigo 3º do texto constitucional.

Ao fim e ao cabo, as perplexidades e contradições que enfrentamos devem-se às próprias carências do sistema de proteção dos direitos sociais como um todo, agravadas pelas dificuldades de um país marcado por tamanhas desigualdades sociais e regionais como o Brasil. Se o caminho do desenvolvimento humano passa pela construção de instrumentos de tutela e de implementação de todos os direitos fundamentais, com especial ênfase sobre os direitos sociais, o igual respeito à dignidade de todo o brasileiro e a certeza de que terá condições adequadas de se desenvolver como pessoa e cidadão pressupõem essa reflexão, no âmbito do direito fundamental à saúde e, mais amplamente, dos demais direitos sociais. Por derradeiro, espera-se que com este ensaio, a despeito da sua incompletude, tenha sido possível pelo menos contribuir para um balanço necessário da evolução da proteção e promoção da saúde no marco jurídico-constitucional brasileiro.

¹²⁸ Os dados foram colhidos do *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*, publicação da ANS e disponível in: <http://www.ans.gov.br/portal/site/informacoesss/informacoesss.asp>, acesso em 29-05-2010.