

Breves Apontamentos ao Direito à Saúde: A Concreção Episódica dos Direitos Sociais

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Evidenciar se faz imprescindível que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da construção histórica dos direitos básicos inerentes à pessoa humana, uma das expressões mais robustas das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, no que pertine às instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, de maneira plena, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo Texto Constitucional. Denota-se, desta sorte, que, ultrapassando a simples positivação dos direitos sociais, o que traduz estágio imprescindível ao processo de afirmação constitucional e que afigura como pressuposto indispensável à perseguição de sua eficácia jurídica, recai sobre o Ente Estatal, independente da esfera, o inafastável liame institucional consistente em conferir manifesta efetividade a tais prerrogativas elementares. Tal fato decorre da necessidade de permitir, ao indivíduo, nas situações de injustificável inadimplemento da obrigação, que tenham eles acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente atreladas à realização, no que se refere às entidades governamentais, da tarefa imposta pela Carta de 1988.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais Sociais. Direito à Saúde. Preceito Constitucional.

Sumário: 1 Argumentos Iniciais: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Direitos de Primeira Dimensão: Comentários à Consolidação dos Direitos de Liberdade; 3 Direitos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como

¹ Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 4 Breves Apontamentos ao Direito à Saúde: A Concreção Episódica dos Direitos Sociais

1 Argumentos Iniciais: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*². Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 mai. 2013.

⁴ VERDAN, 2009. Acesso em 22 mai. 2013.

tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Direitos de Primeira Dimensão: Comentários à Concreção dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política⁵. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo,

⁵ COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

foi tida com abstrata⁶ e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade⁷, da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade⁸, da reserva legal⁹ e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência¹⁰, tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento¹¹.

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada,

⁶ SILVA, 2004, p. 157.

⁷ SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

⁸ SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

⁹ SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

¹⁰ SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

¹¹ SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade*”¹², aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

3 Direitos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjuguou a maioria¹³. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

¹³ COTRIM, 2010, p. 160.

Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”¹⁴. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana¹⁵, refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente “*ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais*”¹⁶, tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado¹⁷, elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em

¹⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 22 mai. 2013.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 11.

¹⁶ SANTOS, 2003. Acesso em: 22 mai. 2013.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 46-47.

1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais¹⁸.

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”¹⁹. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desniveis*

¹⁸ SANTOS, 2003. Acesso em: 22 mai. 2013.

¹⁹ BONAVIDES, 2007, p. 564.

*sociais, com os direitos econômicos e sociais*²⁰, como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

4 Breves Apontamentos ao Direito à Saúde: A Concreção Episódica dos Direitos Sociais

Com o advento da Constituição Federal de 1988²¹, o direito à saúde foi elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no artigo 6º da Constituição que declara logo adiante, por seus artigos 196 e seguintes, ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública. Neste aspecto, é possível colocar em destaque o entendimento construído pela Ministra Ellen Gracie, ao relatoriar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº. 734.487, em especial quando evidencia que *“o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”*²².

Pelo que se denota dos dispositivos legais ora mencionados, trata-se de um direito que compreende duas vertentes distintas, uma de natureza negativa e outro de aspecto positivo. A primeira está alicerçada na possibilidade de exigir do Estado, ou de terceiros, que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde. Por seu turno, o aspecto positivo recebe concreção por meio de medidas e prestações estatais objetivando a prevenção de doenças e o consequente

²⁰ FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

²¹ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

²² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº. 734.487. Direito Constitucional. Direito a Saúde. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Implementação de Políticas Públicas. Ação Civil Pública. Prosseguimento de julgamento. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Artigos 2º, 6º e 196 da Constituição Federal. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental provido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 03.08.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

tratamento delas. Ora, “*dessa forma, independentemente de contribuição para o sistema, denominado SUS (Sistema Único de Saúde) pela CF 88, todo cidadão em território brasileiro tem direito às prestações de saúde*”²³.

Nesta perspectiva, a saúde passa a ser concebida, no cenário nacional, notadamente após a promulgação do Texto Constitucional, como direito de todos e dever do Ente Estatal, que a deve assegurar por meio de políticas sociais e econômicas que busquem a redução do risco de doença e de outros agravos. Ao lado disso, salta aos olhos que o direito à saúde, enquanto concreção dos direitos fundamentais sociais, orienta-se pelos corolários da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e buscam a recuperação. Como se percebe, a norma constitucional não faz depender sua eficácia e sua positivação à existência de recursos, à implementação de programas ou à edição de lei infraconstitucional. Assegura por si só a quem, comprovadamente carente, o direito subjetivo ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua proteção e recuperação. Contém, por isso, elementos mínimos indispensáveis à sua aplicabilidade, a par de não ter o Constituinte expressamente remetido sua concreção ao legislador ordinário, pela clássica expressão “na forma da lei”. Como se vê, o dispositivo em causa tem razoável densidade normativa: define o objeto do direito – promoção, proteção e recuperação da saúde. Nesta esteira, ainda, quadra assinalar o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à extensão da interpretação a ser conferida ao direito à saúde, na condição de norma programática:

Ementa: Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de Agravo Improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar -

²³ CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 45.

políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 271.286 AgR/ Relator: Min. Celso de Mello/ Julgado em 12.09.2000/ Publicado em 24.11.2000, p. 101).

Basta por isso, comprovadas a moléstia e a carência, para investir o particular do direito subjetivo à gratuidade assegurado no dispositivo constitucional invocado. Ademais disso, o direito à saúde e à assistência aos desamparados (artigo 6º da Constituição Federal), intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, é direito fundamental no sentido formal e material, de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, sendo dada ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais. Como se vê, os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público, integrado em uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços federais, estaduais e municipais, o chamado Sistema Único de Saúde, que tem no polo ativo qualquer pessoa e por objeto o atendimento integral.

De tal sorte, o Poder Público - federal, estadual ou municipal - é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos,

esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional. A compensação que ocorrerá internamente entre os entes é questão que somente a eles diz respeito, não podendo atingir a pessoa que necessita do serviço de saúde, devendo o ente, acionado judicialmente prestar o serviço e após, resolver essa interregulação. O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário, consoante estabelecido expressamente no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁴, do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos. Com destaque, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no artigo 196 do Texto Constitucional, consistente na obrigação de garantir, a todos, a proteção à saúde, personificando fator, que, conjugado com um imperativo de solidariedade social, impõe ao Poder Público, independente da dimensão constitucional em que este atue na órbita da organização federativa. Nesse sentido, é remansoso o entendimento jurisprudencial, em especial quando, em altos alaridos, destaca que:

Ementa: Apelação. Direito à saúde. Ação ordinária com pedido de antecipação de tutela. Pedido de internação e realização de exame. Pessoa idosa. Legitimidade passiva. Aplicação imediata e incondicionada de dispositivo constitucional. O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos. A saúde, elevada à condição de direito social fundamental do homem, contido no art. 6º da CF, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da C. Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas. O artigo 196 da Constituição Federal não faz distinção entre os entes federados, de sorte que cada um e todos, indistintamente, são responsáveis pelas ações e serviços de saúde, sendo certo que a descentralização, mera técnica de gestão, não importa compartimentar sua prestação. Apelo desprovido. Sentença confirmada em reexame necessário. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Vigésima Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70048213706/ Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges/ Julgado em 09.05.2012).

Ementa: Apelação cível e reexame necessário. Ação ordinária. Fornecimento de medicação. Dever do Estado de fornecer medicamento. Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados (artigos 6º e 196 da Constituição Federal). Responsabilidade solidária dos Entes Federativos pelo fornecimento da medicação. A responsabilidade solidária entre os Municípios e os Estados-

²⁴ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 mai. 2013: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

membros pelo fornecimento gratuito de medicamentos a doentes decorre do próprio texto constitucional (artigos 23, II, e 196 da Constituição Federal). Precedentes do STJ e desta Corte Estadual. Prevalência do direito constitucional à saúde [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Terceira Câmara Cível/ Apelação Cível nº 70009500075/ Relatora Desembargadora Matilde Chabar Maia/ Julgado em 21.10.2004)

Nesta esteira, à luz do cenário pintado, evidenciar se faz imprescindível que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da construção histórica dos direitos básicos inerentes à pessoa humana, uma das expressões mais robustas das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, no que pertine às instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, de maneira plena, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo Texto Constitucional. Denota-se, desta sorte, que, ultrapassando a simples positivação dos direitos sociais, o que traduz estágio imprescindível ao processo de afirmação constitucional e que afigura como pressuposto indispensável à perseguição de sua eficácia jurídica, recai sobre o Ente Estatal, independente da esfera, o inafastável liame institucional consistente em conferir manifesta efetividade a tais prerrogativas elementares. Tal fato decorre da necessidade de permitir, ao indivíduo, nas situações de injustificável inadimplemento da obrigação, que tenham eles acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente atreladas à realização, no que se refere às entidades governamentais, da tarefa imposta pela Carta de Outubro de 1988.

Ora, não basta a simples proclamação, pelo Estado, do reconhecimento formal de um direito. Ao reverso, imperioso se faz, para além da mera declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e garantido de forma plena, maiormente nas situações concretas em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica que deriva do poder do cidadão de vindicar, do Estado, a estruturação de prestações impositivas estabelecidas pelo ordenamento constitucional vigente. Por derradeiro, cumpre sublinhar que a essencialidade que emoldura o direito à saúde inclinou o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, com o escopo de que não haja a frustração, de maneira arbitrária, do direito social, seja em razão de omissão, seja em razão de outra modalidade de comportamento governamental.

Referências:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 22 mai. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 mai. 2013.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 22 mai. 2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 22 mai. 2013.