



## Direito à saúde e o fornecimento de medicamentos

### Right to health and supply of medicines

Ana Carolina Brochado Teixeira\*

Iara Antunes de Souza\*\*

#### Resumo

Busca-se traçar a conexão entre corpo, autonomia e saúde, a fim de determinar que o Direito à Saúde é um conceito atinente à autonomia privada, isto é, cada um tem o condão de determinar sua concepção de saúde. Logo, dito o conceito não é imposto objetivamente, mas criado subjetivamente. Dentro deste espaço de liberdade, surge o Direito à Saúde como Direito Fundamental a ser garantido e promovido pelo Estado, como consectário da Dignidade da Pessoa Humana. Contudo, diante da efetivação do Direito, há embate entre a reserva do possível, de cunho econômico/financeiro, e a concepção de saúde autonomamente determinado, com suas necessidades casuísticas. Assim, busca-se adequar uma à outra, de modo que o Direito à Saúde seja, de fato, implementado e exercido.

**Palavras Chave:** Direito à Saúde. Direito Fundamental. Fornecimento de Medicamentos.

#### Abstract

Search Up to trace the connection between body, autonomy and health to determine that the right to health is a concept regards the private autonomy, that is, each has the power to determine its health conception. Therefore, said the concept is not duty objectively, but subjectively created. Within this space of freedom comes the right to health as a fundamental right to be secured and promoted by the state as purpose of Dignity of the Human Person. However, before the execution of the law, there is clash between the reserve as possible imprint economic/financial, and health conception autonomously determined your needs patient populations. Therefore, we seek to adapt to one another, so that the right to health is, in fact, implemented and exercised.

**Keywords:** Right to Health. Fundamental Right. Supply of medicines.

---

\* Doutora pela UERJ e Mestre pela PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Professora do Centro Universitário UNA. Advogada. Contato: anacarolina.br@uol.com.br

\*\* Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas – Bolsista CAPES/PROSUP Especialista em Direito Processual e Direito Civil. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Professora Assistente I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto Advogada do NAJOP/UFOP. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da UFOP. Contato: iara.ufop@gmail.com

## Introdução

Propõe-se analisar os aspectos jurídicos que envolvem, de um lado, o Direito à Saúde e, de outro, o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Afinal, qual é o conceito de saúde e de Direito à saúde? O Estado tem o dever de fazer prevalecer a escolha da concepção de saúde de seus cidadãos? E a questão da reserva do possível?

Essas são, sucintamente, as questões que se pretende investigar e responder.

Para tanto, inicialmente, fixa-se o conceito de Direito à Saúde, em contraponto à saúde psicofísica, dentro de uma concepção de autonomia quanto ao corpo e à saúde. Após, trata-se da saúde como Direito Fundamental e como escolha pessoal, trazendo, assim, as argumentações que corroboram o dever do Estado em satisfazer o conceito de saúde de cada um, sem se afastar da discussão acerca da reserva do possível.

### 1 Corpo, autonomia e saúde

Corpo e saúde estão intrinsecamente vinculados, embora saúde traduza um aspecto maior do que a integridade física. Não obstante saúde seja definida como tutela da integridade psíquica, física e social pela Organização Mundial de Saúde, é relevante esclarecer que os conceitos de saúde e integridade psicofísica não são exatamente coincidentes. Saúde adquire um conceito dinâmico e integridade psicofísica – principalmente a física – é imóvel, estática. Integridade física identifica-se com existência corpórea e vital do homem, além de constituir “o pressuposto indireto, mas indefectível da relevância jurídica de todos os interesses (patrimoniais e não patrimoniais) dos quais podem ser portadores os indivíduos.” (D’ARRIGO, 1999, p. 105). Integridade vem do latim *in-tangere* que significa não tocado, reforçando o conceito estático<sup>1</sup> que, a princípio, não acompanha uma construção pessoal, bem como

---

<sup>1</sup> Tanto é verdadeira esta concepção estática de integridade física, que muitos doutrinadores propõem uma nova interpretação da integridade física, subsistindo, inclusive, uma confusão conceitual com o conceito de saúde. Senão vejamos: “*Il concetto di ‘integrità fisica’ coincide con la sfera biológica e vitale dell’essere umano. Le vicende che incidono di fatto nella sfera vitale hanno effetti direttamente condizionanti non soltanto sull’interesse dell’individuo alla propria salute ma anche su numerosi altri differenti profili della personalità dello stesso. Per tali ragioni, l’integrità fisica non deve essere intesa come un concetto statico (nel senso che l’opzione preferibile è quella che tenda solamente alla sua conservazione) bensì come un fenomeno dinamico che non soltanto deve essere preservato dagli eventi lesivi o peggiorativi ma anche ‘gestito’ per promuovere e per assecondare la realizzazione di tutti gli*

o consentimento que pode existir em atos de disposição do próprio corpo, que podem violar a integridade física de alguém, embora sejam direcionados à preservação da saúde. Por isso, o conceito de saúde pode variar de acordo com cada pessoa, suas experiências de vida, sua cultura, o local onde habita, entre outros fatores que podem influenciá-lo.

A integridade psicofísica é essencial para se pensar a saúde, embora seja, aqui, conveniente fragmentar este conceito. A higidez psíquica é fundamental para que se tenha a vontade válida, que o consentimento para os atos que expressam a liberdade de escolha possa produzir efeitos no mundo jurídico. Se esta estiver presente, todos os atos incidentes sobre a integridade física são válidos, desde que atendam a uma opção livre e consciente do sujeito, como expressão da sua autonomia corporal. Quando isso ocorre, mesmo que haja abalo à integridade física, a saúde está sendo preservada, tutelada, promovida, pois atende a um apelo de liberdade consciente daquele indivíduo detentor de discernimento que fez determinadas opções em sua vida que, segundo seu projeto pessoal, atende à realização da sua personalidade. Afirma Stefano Rodotà que *“L'integrità non è una nozione esterna. È il modo stesso in cui riusciamo a pensarci, a definire il rapporto con il nostro sé. Se viene messa in discussione, inevitabilmente determina un impoverimento del concetto di vita”* (RODOTA, 2006, p. 96)<sup>2</sup>.

Qualquer lesão à integridade física que ocorra sem a permissão do sujeito detentor de intangibilidade psíquica não visa preservar sua saúde, pois esta ofensa atingirá seu equilíbrio psicofísico, bem como sua autonomia corporal. Esse tipo de ato jurídico deve ser interpretado inválido sob a perspectiva do Direito Civil, vez que fere diretamente a liberdade, a saúde e a integridade psicofísica. Mesmo porque não se pode ignorar que existem hipóteses em que a pessoa se realiza por meio da lesão à própria integridade física, direcionada à melhora do estado de saúde ou mesmo à adequação da

---

*altri valori condizionati dallo stesso”*. (D'ARRIGO, 1999, p. 109). Tradução livre: O conceito de integridade física coincide com a esfera biológica e vital do ser humano. As situações que incidem na esfera vital têm efeitos diretamente condicionantes não apenas no interesse do indivíduo na própria saúde, mas também sobre numerosos outros diferentes perfis da personalidade do mesmo. Por tais razões, a integridade física não deve ser entendida como um conceito estático (no sentido que a opção preferível é aquela que tenda apenas à sua conservação), mas também como um fenômeno dinâmico que não apenas deve ser preservado dos eventos lesivos ou prejudiciais, mas dirigido a promover e auxiliar a realização de todos os outros valores condicionados por ele.

<sup>2</sup> Tradução livre: A integridade não é uma noção externa. É o modo próprio no qual conseguimos pensar em nós, e definir a relação com nós mesmos. Se for colocada em discussão, inevitavelmente determina um empobrecimento do conceito de vida.

construção individual do que, para ela, seja saúde. Desta forma, nem sempre a lesão à integridade causa uma ofensa à saúde. Exemplo claro de tal afirmação é o transexual que, para sua realização, pode ser necessário que ele proceda à cirurgia de redesignação sexual, sendo esta um ato mutilador à integridade física, que tem como escopo a adequação do sexo morfológico ao psíquico o que, nesta situação, concretiza sua dignidade (SOUZA, 2010).

Pensar no corpo é garantir a autonomia do seu titular, para assegurar sua saúde. Só por meio do controle do corpo, da autodeterminação corporal é que será possível a efetiva tutela da saúde. Trata-se de uma ideia distinta, para além da integridade física<sup>3</sup>. Afinal, saúde e integridade psicofísica constituem direitos autônomos, embora integridade psicofísica esteja submetida ao direito à saúde<sup>4</sup>.

Sendo, portanto, a saúde entendida como domínio sobre o corpo, que pode ser exercido na medida da sanidade mental da pessoa, estaria nela englobados os direitos à vida e à integridade física, como aspectos que lhes são referentes. Integridade é um paradigma que é fixo, constante; na tutela da saúde, moldada pela autonomia, existe gradação da integridade física – a pessoa decide em qual medida esta se concretizará – além de ter ou não vida, que nunca pode ser tomada como um dever, mas gozada como um direito (RIBEIRO, 2006). Devem ser consideradas a capacidade/competência e a possibilidade de autodeterminação dos indivíduos em relação à própria esfera corpórea, à própria vida e morte. É o pleno poder de governar o próprio corpo e a própria saúde<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> “*En suma, pensar el cuerpo, e impedir que alguien pueda ‘poner la mano’ sobre él, exige una idea distinta de su integridad, ya no encerrada en los confines de su antiguo físico, y a cuya protección están destinadas las garantías constitucionales. Otro cuerpo está ante nosotros – descomponible, diseminable, manipulable, falsificable – y este nuevo cuerpo es el que hace posible nuevas formas de control, y, por tanto, exige nuevas y más fuertes garantías. De nuevo el cuerpo, y la libertad personal que en él se encarna se presentan al teatro del mundo como el punto de partida de la acción libre.*” (RODOTÀ, 2008, p. 305)

<sup>4</sup> Esta opinião, contudo, não é unânime: “*Innanzitutto, è chiaro che interesse primario di ciascun uomo è quello di conservare nel tempo la propria funzionalità biologica, di recuperarla qualora la stessa sia parzialmente scemata, di migliorarla ove possibile. Tali ambizioni – in quanto giuridicamente rilevanti alla stregua dell’ordenamento positivo – sono comunemente designate come ‘diritto alla vita’ e ‘diritto alla salute’ e afferiscono, in quanto ottativi, alla sfera spirituale.*” (D’ARRIGO, 1999, p. 106). Tradução livre: Antes de tudo, é claro que o interesse primário de cada homem é aquele de conservar no tempo a própria funcionalidade biológica, de recuperá-la a qualquer hora se for parcialmente reduzida, de melhorá-la quando possível. Tais ambições – enquanto juridicamente relevantes pelo ordenamento positivo – são comumente designadas como “direito à vida” e “direito à saúde” e afirmam, enquanto optativas, à esfera espiritual.

<sup>5</sup> Importante frisar que, ao atrelarmos saúde com o governo do corpo, não estamos ignorando a relevância de outros aspectos da saúde, como seu viés público. Contudo, para este trabalho que vincula saúde e liberdade, este é o conceito que melhor se adéqua às perspectivas propostas.

A tutela da autonomia corporal encontra guarida na proteção à saúde. O corpo, hoje, também assume uma multiplicidade de feições, porquanto é território de inovações biotecnológicas, em termos de reprodução medicamente assistida, transplantes, implantação de chips<sup>6</sup>, *piercings* etc.<sup>7</sup>. Assim, ele vem sendo decomposto, recomposto, sendo estudado sob vários ângulos, com limites redefinidos, suas funções físicas e sociais têm ganhado novos espaços e, como afirma Rodotà (2008, p. 291), o corpo tem-se transformado em uma espécie de *“password abstracto, objecto de vigilância continua, en un caleidoscopio de imágenes que nos deslumbra, pero que al final hay que reconducir a una unidad.”*. O corpo está sendo analisado de maneira fragmentada, pelas suas partes, de modo a se pensar em novas regras para seu uso. Será que as normas que temos para o uso do corpo como um todo servem, também, para as partes destacadas, tais como células reprodutivas, cabelo, órgãos, DNA etc.?

O início desta reflexão ocorreu em 1993 perante o Tribunal de Cassação da Alemanha, que enfrentou o problema da destruição do sêmen masculino de um ser humano, que se encontrava em banco de material genético. O Tribunal apenas considerou possível a concessão de uma indenização se se concebesse a destruição do sêmen como lesão ao corpo. Os julgadores entenderam também que a separação material do esperma do corpo não era algo decisivo, pois os gametas eram destinados a tornar possível a função reprodutiva, de modo a ensejar a concepção do corpo como

---

<sup>6</sup> No informe de 2005 do Grupo Europeu de Ética da Ciência e de Novas Tecnologias da Comissão Europeia sobre implantes eletrônicos no corpo humano, consta que o uso de chips apenas será possível de forma limitada e apenas para finalidade de proteção à saúde do interessado. Em outubro de 2004, foi liberada a utilização de *chips* nos Estados Unidos da América para uso médico pela FDA, agência que regula a utilização de medicamentos e alimentos. “A empresa Applied Digital Solutions (ADS) foi autorizada a utilizar o VeriChip para armazenar informações médicas sobre o portador do dispositivo. O médico que precisar tratar alguém que tenha implantado sob a pele o dispositivo eletrônico do tamanho de um grão de arroz precisará apenas passar um leitor sobre o chip e terá acesso a todo o histórico médico da pessoa. [...] No caso de uma emergência, o chip pode salvar vidas, já que acaba com a necessidade de testes de grupo sanguíneo, alergias ou doenças crônicas, além de fornecer o histórico de medicamentos do paciente.” O problema são as outras utilidades que o chip apresenta, tal como controlar, localizar e identificar pessoas. (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u36147.shtml>. Acesso em: 16 out. 2008).

<sup>7</sup> “Il corpo umano su cui profondamente incidono le complesse tecniche della biologia molecolare e della ingegneria genetica sta subendo una metamorfosi così profonda da mettere in crisi le vecchie tipologie di inquadramento tradizionale. È stato detto efficacemente che il corpo umano è ormai la pagina su cui più profondamente è incisa la parabola di una modernità che muovendo dalla tecnologia come strumento per plasmare il mondo, approda alla tecnologia per l’automutazione”. (SALARIS, 2007, p. 33) Tradução livre: O corpo humano, sobre o qual incidem profundamente as complexas técnicas da biologia molecular e da engenharia genética está sofrendo uma metamorfose tão profunda a colocar a em crise as velhas tipologias de enquadramento tradicional. Foi dito, de forma eficaz, que o corpo humano é a página na qual mais profundamente recai a parábola de uma modernidade que move a tecnologia como instrumento para modelar o mundo, utiliza a tecnologia para a automutação.

unidade funcional, constituído por elementos localizados em diversos lugares (RODOTÀ, 2008)<sup>8</sup>. Temos, hoje, os biobancos, que recebem depósito de sangue, tecidos, células ou gametas, para funções reprodutivas, terapêuticas ou de controle<sup>9</sup>.

Por isso, o consentimento inaugura a passagem da concepção objetivada do corpo para uma outra, subjetivada, pois, no contexto democrático, pressupõe o respeito do direito de cada um governar livremente seu próprio corpo, o que inclui tanto a perspectiva da disposição quanto a da privacidade<sup>10</sup>. Nesse sentido, só se pode permitir intervenção sobre o corpo que emane da própria vontade do seu titular; nem terceiros nem o Estado poderão intervir no corpo sem o consentimento do indivíduo, sob pena de ser este um ato ilegítimo no ordenamento jurídico<sup>11</sup>.

O importante para o presente estudo é a demarcação da saúde como autogoverno do corpo, o que perpassa o consentimento e a autonomia. No entanto, para satisfazer essa ideia, num país de enormes dificuldades financeiras como o nosso, é necessário se pensar no papel do Estado para contribuir para a realização do indivíduo. Para tanto, a trajetória deve ser pensar, refletir sobre o direito à saúde como direito social.

---

<sup>8</sup> Trata-se de um homem que tinha câncer na bexiga e decidiu submeter-se a uma intervenção cirúrgica, o que poderia acarretar a infertilidade, razão pela qual optou por depositar o próprio esperma em uma clínica especializada. Dois anos depois, em razão de problemas de espaço, a clínica pede aos depositantes para informá-la em quatro semanas se desejam a continuidade da conservação do seu esperma. A pessoa respondeu em cinco dias, mas a carta não foi inserida no seu dossiê e, findo o prazo, o seu esperma foi destruído.

<sup>9</sup> Neste sentido, recomenda-se a leitura de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, Editorial sobre Biobancos na Newsletter n. 5 do CEBID (2011), disponível em: [http://www.cebido.com.br/newsletter/informativo5\\_out11.pdf](http://www.cebido.com.br/newsletter/informativo5_out11.pdf).

<sup>10</sup> Sob este último enfoque, Stefano Rodotà trata a privacidade como controle sobre as próprias informações, de modo que se pode afirmar neste caso que privacidade é autonomia informativa sobre o próprio corpo. (RODOTÀ, 2008).

<sup>11</sup> No âmbito do direito de família, era comum existir a discussão acerca de o débito conjugal ser ou não um dever do casamento, uma vez que este era vertido especialmente para a procriação, inexistindo autonomia de cada cônjuge no que se refere ao “dever de relações sexuais”, sendo esta, inclusive, causa ensejadora da anulação de casamento, conforme jurisprudência: “Ação de anulação de casamento. Procedência. Mulher que tem aversão ao ato sexual. Negando-se, terminantemente, ao 'debitum conjugale'. Descumprimento do dever de vida em comum (coabitação). Existência de causa inibitória para o congresso sexual, por motivos de ordem psicológica diagnosticados na requerida. Prova pericial demonstradora da anomalia. Estando provada a reiterada recusa da mulher ao ato sexual com seu marido anula-se o casamento, porque, em tais condições, este não chegou a consumir-se. O dever de vida em comum dos esposos no domicílio conjugal, previsto no art. 231 do Código Civil, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima, e, uma vez inviabilizada essa comunhão, por falta de cumprimento do 'debitum conjugale', fica caracterizada a nulidade do casamento realizado. Reexame necessário improvido. Segredo de justiça. Decisão unânime. Negaram provimento.” (TJPR, 2ª C. Criminal, Acórdão 11033, Rel. Des. Nasser de Mello, publ. 10/4/1995). Atualmente, no âmbito da família democrática e da tutela da pessoa humana, essa discussão foi esvaziada, pois a família é centro de afetividade e só faz sentido a sua existência enquanto for veículo de realização da personalidade de seus membros.

## **2 Saúde como direito fundamental social: dever do Estado de satisfazer a concepção de saúde de cada pessoa**

A Constituição tratou o direito à saúde como um direito fundamental social<sup>12</sup>. Os direitos sociais foram concebidos como meios para a redução e/ou supressão de desigualdades, segundo o comando da isonomia, o que é possível por meio da participação ativa do Estado para suprir as vulnerabilidades e hipossuficiências daquele que necessita. Qualificá-lo como direito fundamental significa que faz parte de um conjunto de direitos da pessoa humana, previstos em determinada ordem constitucional, que visam assegurar os bens essenciais para a realização da pessoa.

A saúde é tradicionalmente tratada como direito subjetivo público, pois atribui um direito exigível a uma pessoa contra o Estado. O direito subjetivo público confere ao seu titular uma pretensão e impõe um dever jurídico à pessoa que deve cumpri-la, cujo critério distintivo entre direito subjetivo privado e público reside na natureza da norma, se de caráter público ou privado (PEREIRA, 2004). A qualificação pura e simples como direito subjetivo lhe daria plena eficácia e aplicabilidade imediata, o que implica ser exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente (SILVA, 1997). Todavia, a concepção mais moderna, atualizada pela Constituição, entende que este caráter prestacional está mais bem resguardado na qualificação da saúde como direito social, não obstante haja graves obstáculos para sua plena efetividade. Mesmo porque, “a simples existência de normas constitucionais que consagram direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios” (BELLO, 2008, p. 200).

Sarmento (2008) afirma que os direitos sociais, como a saúde, não se configuram em direitos subjetivos garantidos a qualquer custo, em razão das limitações advindas da escassez de recursos e das suas diferentes possibilidades de realização, além de ter o legislador primazia para adotar decisões competentes sobre o que deve ser

---

<sup>12</sup> “Desde 1946, con la creación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la comunidad internacional ha reconocido el derecho a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social. Muito já se discutiu sob esta última vertente, de direito social, principalmente considerando os problemas estruturais e políticos do Brasil, resvalando o debate em reflexões acerca da efetividade deste direito.” (MEDRANO, 2000, p. 45).

priorizado e como cada direito deve ser concretizado. Entende o referido autor serem os direitos sociais direitos subjetivos garantidos *prima facie*, por possuírem:

[...] natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nessa ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, de outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. [...] Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional (SARMENTO, 2008, p. 567-568).

No início da vigência constitucional, os direitos sociais tinham sua prestação restrita e os juízes aplicavam apenas as normas editadas pelo legislador. “As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim o determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria.” (SOUZA NETO, 2008, p. 515). Essa realidade foi-se transformando ao longo da década de 1990, de modo que o Estado passou a suprir diretamente algumas necessidades pelas decisões do Poder Judiciário que determinavam entrega de medicamentos para pacientes soropositivos<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> “SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.” (STF, AI-AgR 238328 / RS, 2ª. T. Rel. Min. Marco Aurélio, J. 16/11/1999). “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 – 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 INCONSEQÜENTE. – 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

Sua natureza jurídica de direito social atribuída pela Constituição faz sobressair seu aspecto de imposição de deveres ao Estado, que têm sido efetivados pelo Poder Judiciário<sup>14</sup>. De acordo com Pulido (2008), a marca diferenciadora dos direitos sociais constitui-se no fato de ser uma prestação a cargo do Estado, e na maneira que se estabelece quando existe vulneração a eles. Trata-se, hoje, de normas autoaplicáveis *prima facie*, e não de programas a serem executados pelo legislador infraconstitucional, tendo incidência direta nas relações interprivadas<sup>15</sup>, o que representou uma conquista importante ao ritmo mais lento do legislador no que tange a temas de interesse social.

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei Estadual n. 9.908/93, que assim dispõe em seu art. 1.º:

Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.

---

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.” (STF, RE-AgR 271286 / RS, 2ª. T. Rel. Min. Celso de Mello, J. 12/9/2000). Afirma, ainda, o relator deste acórdão: “Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 como direito fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde, representa fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano da nossa organização federativa. [...] Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema, que razões de ordem ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...]”

<sup>14</sup> Contudo, Daniel Sarmiento lembra que “o grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridade dentre várias demandas igualmente legítimas.” (SARMENTO, 2008, p. 555-556).

<sup>15</sup> Ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 289 e ss.

Mesmo estando em vigor a referida lei, existe controvérsia em sua aplicação, no que tange à discussão acerca do que seriam, *in concreto*, medicamentos excepcionais, além dos critérios para a caracterização da hipossuficiência do requerente. Daí a necessidade de se recorrer ao Judiciário para concessão de medicamentos, mesmo existindo previsão legal<sup>16</sup>.

A efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário configura hipótese de ativismo judicial que tem recebido críticas<sup>17</sup>, que buscam estabelecer critérios para essa aplicação, ao argumento de que a decisão judicial não estaria fincada em bases democráticas, pois é a opção do povo em determinado recorte temporal que elege, no

---

<sup>16</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. (...) 6. *In casu*, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de medicamento para o menor Rafael Vailatti Favero, portador de cardiopatia congênita. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. [...]11. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento de medicamento necessário a menor portador de cardiopatia congênita, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas deste depositadas em conta corrente. 12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 13. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul [...]. 14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana. 15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 16. *In casu*, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrente em fornecer o medicamento necessário ao desenvolvimento de portador de cardiopatia congênita.” (STJ, REsp 869843/RS, 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux. J. 18/9/2007. DJU 15/10/2007, p. 243).

<sup>17</sup> Para tais críticas, recomenda-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 519-534.

âmbito dos direitos sociais, os gastos prioritários, pois se trata de exercício da autonomia pública no âmbito do autogoverno do povo, havendo, assim, ofensa à regra de separação de poderes.

Souza Neto (2008) sugere os seguintes parâmetros para a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário: a) “a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das ‘condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação de vontade coletiva (autonomia pública)’”; b) “os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”; c) “os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”; d) “a concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie”; e) “quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda”; f) “se há duas opções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos”; g) “se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas do setor. Se a Administração não realiza esses investimentos, o controle jurisdicional deve ser mais intenso”. Além desses parâmetros, o autor também sugere outros, de cunho processual. A nós, importa refletir sobre a diretriz que determina que “o acesso direto aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não-entrega da prestação possa causar dano irreversível ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vedando-se, sobretudo, o comportamento contraditório.” (SOUZA NETO, 2008, p. 535-545).

Ao que tudo indica, os parâmetros oferecidos pelo autor visam a que o papel do Estado no cumprimento das prestações não extrapole a reserva do possível<sup>18</sup>, pois o grande problema para a efetivação dos direitos sociais é a “escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível –, perversamente mais reduzido onde maior é a sua necessidade, ou seja, naqueles países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.” (MENDES, 2008, p. 713). Trata-se de limitação real e econômica ao ativismo judicial, no que tange à efetiva possibilidade de o Estado dispor de recursos econômicos para satisfazer o direito social exigido, ou ainda deve ser entendida como “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.” (SARMENTO, 2008, p. 572).

Na decisão da Ação de Arguição de Preceitos Fundamentais – ADPF n. 45, o Supremo Tribunal Federal importou do ordenamento alemão o instituto da reserva do possível, em hipótese em que houve veto presidencial à lei de Diretrizes Orçamentárias em 2004, que tinha escopo de assegurar recursos à saúde. Foram considerados violados os dispositivos que objetivavam garantir a saúde do cidadão, em específico os referentes à Emenda Constitucional n. 29, de 2000.

Houve veto presidencial a projeto de lei referente a orçamento, na parte de inclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde para o cumprimento de parcela mínima de gastos com serviços públicos de saúde estabelecida pela emenda. O veto determinava como gasto mínimo de saúde vários encargos que não eram afetos diretamente a esta área – tais como encargos previdenciários, serviços da dívida e recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza –, gerando distorções na política pública definida constitucionalmente sobre a saúde. Por isso, houve a propositura da ADPF, pois se entendeu violados dispositivos constitucionais. O Min. Celso de Mello afirmou, em sua decisão, que:

---

<sup>18</sup> “A expressão ‘reserva do possível’ foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã proferida em 1972, e conhecida como o caso *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão do ingresso de um número maior de candidatas. Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito ‘se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade’. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, ‘em primeira linha, pelo legislador’, que ‘deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando... as exigências de harmonização econômica geral.’ (SARMENTO, 2008, p. 569).

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]<sup>19</sup>

A reserva do possível funciona, assim, como uma limitação financeira à realização dos direitos sociais prestacionais que, por outro lado, serve, também, como restrição externa à concretização do direito à saúde, por exemplo. Ingo Sarlet também entende presente esta barreira calcada na realidade financeira do país, tendo em vista o cotejo do gasto público com o pleno atendimento à saúde:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade

---

<sup>19</sup> STF, ADPF 45. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/4/2004. E continua o ministro: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”

destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível (SARLET, 2001).

Entretanto, a aceitação da reserva do possível não é unânime pela doutrina. Andreas J. Krell (2002), opositor a esta corrente limitadora da realização de direitos sociais, entende que a reserva do possível é aplicável apenas em países desenvolvidos, pois em locais como o Brasil, que não tem as necessidades básicas atendidas, não é aceitável tal limitação.

A qualificação do direito à saúde como direito social significa que ele deve receber o correlato amparo na atuação do Poder Judiciário nos limites da reserva do possível. Portanto, dentro dos limites impostos pela escassez de recursos que se convencionou denominar de reserva do possível, pode-se entender a saúde como direito de liberdade, pois conforme se verá, cada pessoa pode construir a sua concepção individual de saúde e exigir do Estado que concretize esses moldes individuais nos limites do que o Estado pode dispor, do que seja financeiramente palatável.

Existe ampla liberdade para cada pessoa fazer certas opções, que refletem a concepção individual de saúde; entretanto, eles apenas podem ser exigidos do Estado nos limites da reserva do possível, caso contrário, só poderão ser efetivados com recursos particulares para satisfazer o que cada pessoa concebe para si como saúde.

Ainda hoje, a tutela da saúde é tomada como predominante interesse público, em razão de ser direito fundamental social – haja vista as frequentes ações sobre o dever do Estado de entregar medicamentos<sup>20</sup>, oferecer tratamento médico<sup>21</sup>, entre outros –, não

---

<sup>20</sup> Este julgado do STJ exemplifica a situação analisada, pois trata a saúde como bem indisponível. Ela é um direito de tal relevância que a atual jurisprudência do STJ tem autorizado a imposição de astreintes, o bloqueio de verbas públicas, ou mesmo a penhora de bens públicos: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A MENOR DE IDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ART. 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CABIMENTO. [...] 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de menor que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedente da Primeira Seção: REsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006. 4. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. [...] 6. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do

tanto atrelada a relações privadas, exceto no que tange às relações consumeristas<sup>22</sup>, nas quais se discutem os deveres dos planos de saúde<sup>23</sup>, custeio de determinados

---

direito prevalente. (STJ, REsp 801750/RS, 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 9/9/2008, *DJe* 17/9/2008).

<sup>21</sup> “PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR DEMANDA VISANDO À INTERNAÇÃO HOSPITALAR E TRATAMENTO DE SAÚDE PARA RECÉM-NASCIDO EM UTI NEONATAL. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de recém-nascido prematuro que necessite de internação hospitalar e tratamento de saúde. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. 4. Recurso especial improvido.” (STJ, REsp 899820/RS, 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 24/6/2008, *DJe* 1/7/2008).

<sup>22</sup> “AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. EMPREGADOR QUE ENCERRA AS ATIVIDADES E CANCELA O CONTRATO DE SEGURO SAÚDE MANTIDO COM A RÉ. EMPREGADO IDOSO EM TRATAMENTO DE GRAVE DOENÇA CARDÍACA ANTERIORMENTE AO FATO. ACÓRDÃO QUE DETERMINA A CONTINUIDADE DO CONTRATO MESMO APÓS A DEMISSÃO DOS EMPREGADOS COM BASE EM DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA STF/283. I – Considerando as peculiaridades fáticas da causa, por se tratar de empregado idoso que havia se submetido a grave cirurgia no coração, determinou o Tribunal de origem fosse ele mantido como segurado da ré, mesmo após o seu antigo empregador ter encerrado suas atividades, e, por conseguinte, cancelado o plano de saúde que mantinha para os seus empregados. Assim procedeu o Colegiado estadual devido à necessidade de serem protegidos os direitos básicos do consumidor, relacionados à saúde e à vida, bem como pela exigência de que as cláusulas contratuais sejam interpretadas da maneira que lhe for mais favorável (artigos 6º, I, e 47 do Código de Defesa do Consumidor). II – Esses fundamentos, suficientes, por si sós, para manter a conclusão do julgado, não foram impugnados nas razões do especial, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Agravo improvido.” (STJ, AgRg no Ag 857924/RJ, 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti. J. 19/6/2008, *DJe* 1/7/2008).

<sup>23</sup> Nas relações contratuais envolvendo planos de saúde, incide a Súmula 302 do STJ, publicada em 22/11/2004, que tem a seguinte redação: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Sobejam, também, julgados no sentido de alterar cláusulas contratuais para preservar a saúde: “MANDADO DE SEGURANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA DA IMPETRANTE PARA OUTRO SEGURO MÉDICO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EQUIPE MÉDICA NA QUAL DEPOSITA SUA CONFIANÇA HÁ MAIS DE 15 ANOS. IMPETRANTE IDOSA PORTADORA DE CÂNCER. REINTEGRAÇÃO AO PLANO ANTERIOR. A NOVEL LEGISLAÇÃO NÃO TEM EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE SE CONSOLIDOU EM TEMPO ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. A revogação do inciso IV do art. 2º do Dec. 99.525/90, pelo art. 1º do Dec. 2.801/98, que excluiu os Auxiliares Locais do Programa Complementar de Assistência Médica do Ministério das Relações Exteriores, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde a que está filiada há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico. 3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto. 4. Ordem concedida para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.” (STJ, MS 12870/DF, 3ª Seção. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 27/8/2008, *DJe* 19/9/2008).

tratamentos, que a princípio estão fora da cobertura do plano<sup>24</sup>, bem como a cobertura de tutela de acordo com a vulnerabilidade do contratante<sup>25</sup>, além de pedidos de indenização por danos morais/estéticos, na relação médico-paciente<sup>26</sup>. Tal a relevância do direito à saúde que o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública para discutir a judicialização da saúde, em 27/4/2009, com a finalidade de estabelecer critérios para as decisões do Poder Judiciário sobre o tema<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> “DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS. – As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. – Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. – Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova. – A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. – O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. – É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de “stent”, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes. – Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Recurso especial a que se dá parcial provimento”. (STJ, REsp 735168/RJ, 3ª T. Rel. Mina. Nancy Andriighi, J. 11/3/2008, *DJe* 26/3/2008).

<sup>25</sup> Sobre o tema, veja consentido remeter ao nosso TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Princípio da prioridade do idoso no âmbito do público e do privado. *In*: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito Civil: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 117-136.

<sup>26</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo arbitrou o valor dos danos morais com base nas circunstâncias do caso e nas provas dos autos, considerando a ocorrência de erro médico que resultou na morte de uma criança. Assim, não sendo o caso de valor exorbitante, descabe a este Tribunal rever o posicionamento adotado pela instância originária, sob pena de revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, ante o óbice sumular n. 7/STJ. 2. Agravo regimental não-provido. (STJ, AgRg no Ag 1040679/RJ, 2ª. T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 21/8/2008, *DJe* 12/9/2008)

<sup>27</sup> O Min. Gilmar Mendes decidiu ação sobre fornecimento de medicamentos com base nos argumentos lançados pela Audiência Pública, conforme notícia no site do STF: “Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF para a participação dos diversos setores da sociedade envolvidos no tema, o ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão. Segundo o ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída

Mesmo inexistindo tal uniformização, o Poder Judiciário tem tomado algumas providências para assegurar a absoluta necessidade de medicamentos, até para justificar o ativismo judicial. Uma delas é a perícia no âmbito do processo, para que um médico nomeado pelo juiz ateste a imprescindibilidade do medicamento para a saúde do requerente<sup>28</sup>.

Além disso, o que se percebe de mais comum entre os julgados para tentar minimizar as críticas ao ativismo judicial são hipossuficiência para adquirir o medicamento, a gravidade da enfermidade, bem a urgência para o tratamento, de modo que se comprove a real necessidade do tratamento, sem o qual a pessoa não conseguirá sobreviver. De toda forma, o que se constata é que a saúde moldada na perspectiva da liberdade acaba ficando em segundo plano, em prol de tais requisitos tidos como essenciais para a concessão de benefícios, segundo ora mencionado.

---

entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”, entendeu Mendes. De acordo com o presidente do STF, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”. Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada. O ministro salientou que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”. Dessa forma, ele considerou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

Entretanto, o presidente destacou que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. “Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial”. (Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Acesso em 20/9/2009).

<sup>28</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. O recorrente sustenta que a Corte de origem violou os artigos 130 e 420, parágrafo único, ambos do CPC ao não conceder impor ao recorrido, em sede de antecipação da tutela, a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados na inicial. 2. Contudo, foi com base nas especificidades do caso concreto que o Tribunal a quo asseverou que, antes de impor ao Estado a obrigação de fornecer os fármacos pedidos pelo recorrente, é necessária a realização de um laudo pericial indicando a necessidade do medicamento indicado por médico particular. (STJ, AgRg no AREsp 39368 / RS, J. 8.11.2011).

## Conclusão

Dois aspectos essenciais do direito à saúde são: (i) a defesa da integridade psicofísica diante das agressões ou lesões de terceiros, de modo que, sob este prisma, o direito à saúde se configura como oponível *erga omnes*; (ii) a pretensão em receber prestações positivas do Estado, em termos de direito a tratamento médico, o que se insere no âmbito da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Esses perfis demonstram que o direito à saúde constitui uma situação jurídica complexa. É multifacetado: configura-se em direito de liberdade e em direito à prestação (MORANA, 2002, p. 2-3), ou seja, liberdade de construir a própria concepção de saúde, conjugando integridade psicofísica com autonomia privada, bem como direito à prestação em busca de tutela à saúde. Por essa razão, a saúde é concebida como direito absoluto de liberdade – no sentido de ser oponível *erga omnes* – e direito relativo à prestação – tendo em vista que apenas pode ser oposto perante o Estado.

Pretende-se assegurar que seu caráter prestacional também seja instrumento de realização da saúde como direito de liberdade, embora encontre limitações na reserva do possível. Notamos que as garantias constitucionais do direito à saúde como direitos de liberdade, nos moldes em que nos propomos a analisar, são parcialmente negadas, tendo em vista que, sob uma perspectiva literal dos dispositivos constitucionais, prevalece o aspecto da saúde como assistência sanitária, pois a saúde sempre foi tida como tratamento de doenças, e não como bem-estar psicofísico e social.

Pela concepção tradicional de saúde adotada pela doutrina majoritária, esta é considerada ausência de doenças, de forma que a integridade física deve ser conservada, com a presença integral dos atributos físicos. Por isso, integridade física era entendida como integridade funcional, de modo que, para qualquer alteração anatômica, seria necessária também uma mudança do tipo funcional; não obstante outros entendam integridade física como questão meramente estética (MANTOVANI, 1974, p. 46). Logo, devemos dar maior amplitude à tradicional noção de integridade física, que tem como pano de fundo a identificação da vida apenas com a existência biológica e com ausência de malformação. Integridade física é mais do que isso, porquanto traduz aspectos preponderantes de exercício de autonomia corporal, que tem como requisito essencial a intangibilidade psíquica ou sanidade mental. Por isso, o que de fato se pretende é que saúde e liberdade e satisfação das necessidades das pessoas, inseridas na

realidade em que vivemos, possa constituir uma única via de diálogo, a fim de que, de fato, a dignidade dessas possa ser concretizada e deixe de ser apenas uma referência teórica a ser estudada.

## **REFERÊNCIAS**

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

D'ARRIGO, Cosimo. **Integrità física e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MEDRANO, Marcia Muñoz de Alba. Concordancias. *Estudios jurídicos y sociales*. **Chilpancingo**, Gro., n. 8, mayo-agosto 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

MANTOVANI, Ferrando. **I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero**. Padova, 1974, p. 46.

MORANA, Donatella. **La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 2-3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais” de Fernando Atria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thopson, 2006, p. 273-283.

RODOTA, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTA, Stefano. Aventuras del cuerpo. In: SILVEIRA, Hector (Ed.). **El derecho ante la biotecnología**. Barcelona: Icaria, 2008.

RODOTA, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Editorial sobre Biobancos. **Newsletter n. 5 – Informativo do CEBID**. Out. 2011. Disponível em: <[http://www.cebido.com.br/newsletter/informativo5\\_out11.pdf](http://www.cebido.com.br/newsletter/informativo5_out11.pdf)>. Acesso em: 05 Nov. 2012.

SALARIS, M. Giuseppina. **Corpo umano e diritto civile**. Milano: Giuffrè, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse público**, v. 3, n. 12, out./dez. 2001.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Iara Antunes de. Apontamentos para uma decisão judicial de alteração do nome e sexo no registro civil do transexual operado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). **Direito Civil Atualidades IV**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 111-135.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Princípio da prioridade do idoso no âmbito do público e do privado. In: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito Civil: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 117-136.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.