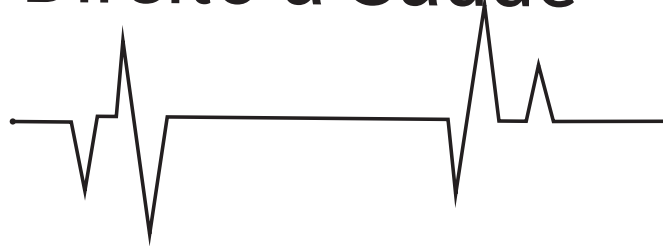


# Constitucionalismo e **Direito à Saúde**





[www.lumenjuris.com.br](http://www.lumenjuris.com.br)

**Editor**

João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

Abel Fernandes Gomes  
Adriano Pilatti  
Alexandre Bernardino Costa  
Ana Alice De Carli  
Anderson Soares Madeira  
André Abreu Costa  
Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla  
Daniele Maghelly Menezes Moreira  
Diego Araujo Campos  
Firly Nascimento Filho  
Flávio Ahmed  
Frederico Antonio Lima de Oliveira  
Frederico Price Grechi  
Geraldo L. M. Prado  
Gina Vidal Marcilio Pompeu

Gisele Cittadino  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Jean Carlos Dias  
Jean Carlos Fernandes  
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar  
Jerson Carneiro Gonçalves Junior  
João Marcelo de Lima Assafim  
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.  
José Emilio Medauar  
José Ricardo Ferreira Cunha  
José Rubens Morato Leite  
Josiane Rose Petry Veronese  
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha  
Lúcio Antônio Chamon Junior  
Luigi Bonizzato

Luis Carlos Alcoforado  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Manoel Messias Peixinho  
Marcelo Ribeiro Uchôa  
Márcio Ricardo Staffen  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Marcus Mauricius Holanda  
Maria Celeste Simões Marques  
Océlio de Jesús Carneiro de Morais  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Salah Hassan Khaled Jr.  
Sérgio André Rocha  
Simone Alvarez Lima  
Valter Moura do Carmo  
Vicente Paulo Barretto  
Vinícius Borges Fortes

**Conselheiros Beneméritos**

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)  
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

**Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Rua Octávio de Faria - nº 81, sala 301 –  
CEP: 22795-415  
Recreio dos Bandeirantes – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

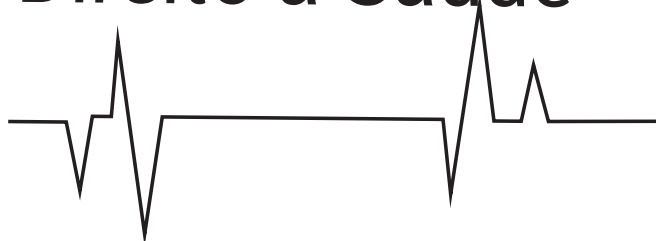
Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9-9296-1764

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75 –  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9-9981-9353

Vinícius Castro

Constitucionalismo  
e **Direito à Saúde**



O mal-estar do ativismo judicial

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2018

Copyright © 2018 by Vinícius Castro

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

C355c

Castro, Vinícius.

Constitucionalismo e direito à saúde : o mal-estar do ativismo judicial /  
Vinícius Castro. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.  
208 p. : il., tabelas ; 23 cm.

Bibliografia : p. 175-200.

ISBN 978-85-519-1001-6

1. Direito Constitucional. 2. Direito à Saúde. 3. Ativismo Judicial. 4. Judicialização da Saúde. 5. Neoconstitucionalismo. I. Título.

CDD 342

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

## Apresentação

Um estudo que propõe abordagem inédita e inovadora do Ativismo Judicial no Brasil. O mal-estar sistêmico que a judicialização da saúde produz é tensionado levando em consideração características Constitucionais e as práticas compatíveis e distintas que as tradições do *Common Law* e *Civil Law* acarretam. Um estudo que leva em consideração os dilemas do Estado Social na relação entre excesso de promessas e déficit no cumprimento dessas.

Juristas e operadores do Direito, médicos e Administradores públicos se beneficiarão com esta obra, que tanto instiga como desacomoda, já que traz perspectivas até então não observadas numa discussão que é relevante seja no campo jurídico, seja no das Políticas Públicas e Sociais.

**Dr. Luiz Antônio Bogo Chies**

*PPG-Política Social e Direitos Humanos*

*Universidade Católica de Pelotas*



# Sumário

Introdução .....	1
I. Aspecto estrutural da obra .....	7
1. Constitucionalismo e (Direito à) Saúde .....	11
1.1. Novo direito constitucional brasileiro e (Direito à) saúde .....	14
1.2. Modelos de Sistemas de Saúde .....	26
1.3. (Direito à) Saúde .....	32
1.3.1. Medical Law (Direito Médico) .....	39
1.3.2. Public Health Law (Direito da Saúde Pública) .....	39
1.3.3. Health Care Law (Direito das Prestações de Saúde) .....	39
2. A dinamização sistêmica do Direito à Saúde .....	41
2.1. Perspectiva global .....	41
2.2. Perspectiva Brasil .....	50
3. A Judicialização da Saúde.....	57
3.1. O problema e sua dimensão no Brasil.....	65
3.1.1. Opiniões contrárias à judicialização da saúde:.....	78
3.1.1.1. Princípio da separação dos poderes e legitimidade política dos poderes Executivo e Legislativo para definirem políticas .....	78
3.1.1.2. Racionalização da administração pública.....	87
3.1.1.3. Argumento do “tiro pela culatra” .....	95
3.1.1.4. Argumento da reserva do possível no orçamento público .....	98
3.1.1.5. Argumento da isonomia ou equidade .....	103
3.1.2. Opiniões favoráveis à Judicialização da Saúde: .....	107
3.1.2.1. Princípio moral – Dignidade da Pessoa Humana .....	107

3.1.2.2. Argumento nacionalista – contra a importação da doutrina da reserva do possível. ....	108
3.1.2.3. Neoconstitucionalismo – da Constituição depreendem-se direitos subjetivos, exigíveis judicialmente. ....	112
3.1.2.4. Argumento da ponderação de princípios. ....	113
4. O estilo de atuação da função jurisdicional e o Ativismo Judicial .....	119
4.1. Sistemas common law e civil law.....	119
4.2. Discricionariedade Jurídica .....	125
4.3. Marcas do sistema do Brasil .....	130
5. Os argumentos do ativismo judicial na Saúde diante do contexto de Direito Constitucional Brasileiro.....	137
5.1. A atividade jurisdicional contra legem no Direito Constitucional da Saúde no Brasil .....	159
6. Conclusão .....	165
Bibliografia .....	175

## Introdução

A obra foca nas respostas jurídicas ao Direito à Saúde. Está inserida no âmbito dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo do século XXI, diante da perspectiva do elevado número de demandas judiciais relacionadas ao tema saúde no Brasil e seu debate jurídico-constitucional complexo no sistema jurídico do país. Mostra a insatisfação e os excessos de interpretações jurídicas por meio de questões ligadas à economia, às finanças públicas e à política. Este debate será abordado no modelo de Estado Social, ou melhor, no misto de modelo implementado no Brasil: um pouco Social e eminentemente de Providência. A abrangência da proteção da saúde como direito constitucional será trazida à tona para mensurar a responsabilidade estatal e suas capacidades de concretização frente às promessas em abstrato no ordenamento jurídico.

O assunto proposto se insere nas temáticas de cidadania, de proteção social e de acesso à justiça, cuja área de concentração é a questão social, os direitos humanos e as políticas sociais.

O Direito à Saúde está vinculado no Brasil aos direitos sociais (art. 6º CF/88), influenciado pelo direito costumeiro internacional de dignidade da pessoa humana e da democracia participativa. Portanto, incluso ao caráter de Estado de formação constitucional através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).

A discussão da Judicialização da Saúde não é um tema novo nos debates das ciências sociais aplicadas no Brasil. Junto a este assunto está intrínseco o Ativismo Judicial da Saúde, outra questão bastante debatida. Conquanto, propõe-se expor argumentos que formarão um conjunto coerente de representações intelectuais que fomentam uma percepção diferenciada do que se entende majoritariamente como definição conceitual destes acontecimentos jurídicos.

A Judicialização da Saúde no Brasil é definida como interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. A consequência disso é a intromissão nas atividades típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, influenciando na desorganização do Sistema Único de Saúde (SUS). Este conceito denota a

subversão da teoria da tripartição dos Poderes, responsabilizando negativamente o Poder Judiciário por concretamente dimensionar influências políticas<sup>1</sup>.

O Ativismo Judicial da Saúde é o modo como se exercita a função jurisdicional através do Poder Judiciário brasileiro. Tem-se reiteradas interposições de demandas judiciais e, corolário, decisões judiciais, devido a precariedade funcional do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Assim, as respostas judiciais são processadas através de interpretações hermenêuticas, criando um direito casuístico em dissonância com as políticas públicas de saúde.<sup>2</sup>

As razões de categorização epistemológica do estudo estão divididas na dogmática neoconstitucionalista do século XXI através de uma nova perspectiva do constitucionalismo ou pós-positivismo diante da CF/88<sup>3</sup>; na categorização da função desenvolvida pelo direito fundamental social da saúde na ordem jurídica do Brasil; na dinâmica da Judicialização da Saúde e do Ativismo Judicial da Saúde diante da estrutura organizacional do modelo de Estado brasileiro. Em vista do conteúdo constitucional do Direito à Saúde, a análise temporal das respostas judiciais do Supremo Tribunal Federal, são importantes para o diálogo jurídico-político, desenvolvido pelo Poder Judiciário<sup>4</sup>.

Parte-se da premissa de tutela imediata dos direitos fundamentais sociais da saúde, cuja aplicabilidade é conforme descrita no texto constitucional brasileiro de 1988. Esta tutela direta, que se assevera como interpretação hermenêutica do Direito à Saúde, leva a concepção das pretensões judiciais de acesso à saúde (processos judiciais) e geram consequências práticas diante da prestabilidade direta na ordem jurídica do Brasil (ordens judiciais para execução do serviço de saúde).

O Direito à Saúde visto como direito fundamental social, coloca o indivíduo em posição privilegiada perante o Estado brasileiro, uma vez que o posiciona como sujeito com legitimidade para postular a obtenção de serviços de saúde (*status civitatis*).

1 COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. Fortaleza: Revista Pensar. V.18. n. 1. jan. / abr. 2013. p. 10.

2 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 106-140.

3 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Quaestio Iuris. v. 2, n. 1. 2006. p. 1-48.

4 LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Maria da Conceição Côrte-Real [trad.]. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.p. 118.

O direito fundamental, como garantia positiva do exercício das liberdades, é instrumento de defesa contra intervenção indevida ou inércia do Estado, incluindo aqui medidas normativas restritivas dos direitos de liberdade (políticas públicas de saúde), que não se mostrem efetivas e eficazes ao pleno exercício da liberdade. Esta categoria de direito põe o Estado no papel de dispor de meios materiais para executar os serviços pretendidos pelos indivíduos na área da saúde. Em prol do direito de exercício da liberdade individual de receber os serviços de saúde, o Estado coloca-se na atribuição proativa de fornecê-los.

A cerca de 29 anos da promulgação da CF/88, o Brasil sofre com a organização e os procedimentos para assegurar todos os direitos fundamentais expressos no texto constitucional que tem caráter positivo para o Estado, tais como o Direito à Saúde. Este é o ponto de análise jurídico-político que se propõe abordar nas respostas jurídicas ao Direito à Saúde, já que, ao mesmo tempo que se tem como garantia fundamental a separação dos três Poderes consagrados na CF/88, para que desempenhem suas funções típicas com especialidade na concretização das expectativas normativas constitucionais, tem-se também a garantia constitucional de fruição dos direitos seja por meio espontâneo ou seja por via forçada através da Judicialização (acesso à justiça).

Daí o problema a ser enfrentado: o ativismo judicial do Direito à Saúde como característica atual da ordem jurídica do **Brasil à frente da judicialização** é atitude causal de prejuízo do modelo de prestação de cuidados de saúde?

Este questionamento merece resposta, diante dos conceitos trazidos à tona pelo Ministro Luís Roberto Barroso:<sup>5</sup>

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

5 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

(...)

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Por respostas jurídicas ao Direito à Saúde se entende como a atuação de dois procedimentos jurídicos, quais sejam, o subsistema judicial (do Poder Judiciário) e o subsistema legislativo (do Poder Legislativo). Ainda assim, tem-se a análise do rito pré-estabelecido da Administração Pública quanto à execução normatizada dos serviços de prestação de saúde (políticas públicas de saúde). Nenhuma destas três perspectivas é estudada através de um viés procedimental, mas subsistemas empíricos dos movimentos da sociedade brasileira.<sup>6</sup>

De qualquer sorte, o fato do constituinte optar pela movimentação intensa do Poder Judiciário, através de respostas judiciais com forte apelo jurídico-político em

6 LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Maria da Conceição Côrte-Real [trad.]. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980. p. 4.

matérias relacionadas as normas de natureza constitucional, torna a judicialização um modelo de controle dos interesses individuais ou coletivos tutelados na CF/88.

O caminho do constituinte de 1988 em adotar um Estado Democrático de Direito e passar para os juízes legitimidade de solucionarem conflitos entre sociedade e governo e, ainda, entre os três Poderes do país<sup>7</sup>, criando ritos de tutela judicial de controle de constitucionalidade por via concreta ou abstrata com conteúdo jurisdicional (repressivo), mostra o amplo poder de atuação proposto para o desempenho do Poder Judiciário no Brasil, mesmo que se tenha controle constitucional político de natureza preventiva pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo<sup>8</sup>.

A compreensão do ativismo judicial está associada ao modo de exercício da função jurisdicional no Brasil<sup>9</sup>, ou seja, as atitudes do Poder Judiciário nas respostas judiciais ligadas ao Direito à Saúde sofrem incidência do modelo de sistema *civil law*, que, no Brasil, admite uma jurisprudência *sui generis* que ultrapassa o quadro estabelecido para o Direito pelo legislador<sup>10</sup>, já que a atividade legislativa está estrita a estabelecer um quadro de regras-jurídicas que sofre irrisação das regras-princípios de natureza constitucional.

A interpretação do Direito à Saúde é uma atitude legítima do Poder Judiciário brasileiro, devendo ser percebido de acordo com o papel institucional que se atribuiu no sistema de ordem jurídica com a CF/88.

O fato de ocorrer judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil é processo de desenvolvimento de representação intelectual dos indivíduos em buscar o Direito à Saúde através de demandas judiciais, cujo modelo constitucional é permissivo no que concerne ao amplo acesso à justiça. Portanto, não se parte de uma análise de vontade política de redemocratização dos papéis dos três Poderes, mas análise do movimento empírico da sociedade diante do quociente intelectual de busca de decisões por meio de procedimentos.

A judicialização da saúde no Brasil pode estar associada a absorção e a redução de insegurança do acesso à proteção da saúde por intermédio do SUS. A *incerteza* em qual será a via de acesso aos cuidados de saúde das políticas

7 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.* [online]. 2004, n.23, pp.127-139

8 ALMEIDA, Vânia Hack de. Controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2004. p. 13.

9 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 106.

10 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Lisboa: Meridiano. 1978. p. 428.

públicas, faz com que nasça a *certeza* coercitiva de cumprimento do direito fundamental social da saúde diante da resposta judicial. Daí que, ao legitimar a resposta jurídica, através da construção de um direito casuístico (precedentes - jurisprudência) na área da saúde, cria-se uma ilusão necessária para estabilizar a ordem jurídica do Brasil.<sup>11</sup>

Por causa desta análise empírica do muito que já se escreveu sobre a judicialização da saúde no Brasil, a proposta de estrutura com reflexões sistêmicas traz nova propositiva a ser discutida na obra.

A abordagem das respostas jurídicas ao Direito à Saúde é discutida na doutrina brasileira, focada em acontecimentos como a judicialização e o ativismo judicial na saúde. Em regra, estes conceitos são definidos como nefastos. Contudo, a sugestão é observá-los, diante da autorização constitucional.

Trabalha-se com a ideia de racionalização das promessas das normas constitucionais relacionadas ao Direito à Saúde. Observa-se, assim, os modelos de Estado e as transformações conceituais do Estado de bem-estar social<sup>12</sup>.

A proposição é trazer uma percepção dos procedimentos de legitimação das respostas jurídicas ao Direito à Saúde. Adverte-se, as análises adjetivas doutrinárias do fato da judicialização da saúde ou da atividade do ativismo judicial da saúde, não limitaram o desenvolvimento de novas concepções sobre o assunto.

Através de revisão bibliográfica, será feita a apresentação das bases teóricas, desenvolvendo os parâmetros dogmáticos. Contudo, o trabalho foca nos eventos reais, ou seja, observar-se-á como os sistemas sociais estão observando os fatos envolvendo a saúde.

As deliberações do Supremo Tribunal Federal são exemplos dos movimentos de transformações conceituais do Direito à Saúde de acordo com o contexto social no tempo e no espaço.

O direito fundamental social da saúde no Brasil tangencia desfechos do tipo viabilidade de concretização das responsabilidades do Estado dentro do cenário do constitucionalismo pós-positivista do século XXI.

11 LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Maria da Conceição Côrte-Real [trad.]. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980. p. 5.

12 ANTÓNIO, Isa Filipa. As parcerias público-privadas no sector da saúde: o advento do estado mínimo de regulação e o direito de acesso à saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 16.

O tema aborda questão jurídico-político. O constitucionalismo, por definição, do Direito à Saúde atrela desígnios políticos representativos do atual Estado Democrático<sup>13</sup> com questões econômicas e financeiras, cabendo à interpretação por parte dos juízes da norma-princípio da CF/88.<sup>14</sup>

O trabalho científico visa descrever as observações das observações do sistema jurídico no que diz respeito ao Direito à Saúde no Brasil. Assim, oferece-se um axioma de observação de segunda ordem além da análise do observador do sistema judicial, para que se possa sugerir os movimentos de alteração conceitual do Direito à Saúde em época de crise.

## **I. Aspecto estrutural da obra**

A obra é dividida em cinco capítulos: o primeiro trata do constitucionalismo e (Direito à) Saúde; o segundo aborda a dinamização sistêmica do Direito à Saúde; o terceiro discorre sobre a judicialização da saúde; o quarto cuida do ativismo judicial; o quinto aludi os argumentos do ativismo judicial na saúde diante do contexto de direito constitucional brasileiro.

Os dois primeiros capítulos oferecem noções de identificação jurídico-político do texto constitucional, a compreensão e as definições dos ciclos sociais do constitucionalismo e da dinâmica de formação conceitual do Direito à Saúde; os dois seguintes, a explicação da judicialização da saúde e as divergências doutrinárias, a análise da função jurisdicional de acordo com a estrutura de atuação do sistema jurídico e o papel do Poder Judiciário de acordo com a opção constitucional. Ao final, são observados os movimentos do ativismo judicial na saúde no Brasil e o viés opinativo de construções de respostas judiciais fora da opção do constituinte no que concerne ao direito fundamental social da saúde, apresentando posições objetivas sobre o tema.

No primeiro capítulo, apresenta-se a categorização da Constituição dentro do aspecto da teoria normativa da política e a influência da norma costumeira

13 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. N. 15. Jan./Fev./Mar./2007. Bahia: Revista Diálogo Jurídico.

14 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em material de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. 101-7. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

internacional no desenvolvimento do direito fundamental social da saúde. Na sequência, aborda-se o *Welfare state* e a identificação do indivíduo como sujeito de direitos as prestações sociais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugura o novo direito constitucional no país, trazendo para a ordem jurídica o pós-positivismo como característica axiológica, fixada na valorização dos direitos fundamentais.

Ainda dentro do contexto de compreensão do conteúdo jurídico-político que se debruçará o trabalho será mencionada a constitucionalização do direito. Este debate está focado no Direito à Saúde como norma princípio de direito fundamental social. Em paralelo, retratar-se-á os acontecimentos no constitucionalismo em Portugal, a fim de verificar as opções distintas de abordar o tema. Os modelos tradicionais de sistemas de saúde serão trabalhados (Bismark e Beveridge), mas se indicará o novo modelo de mercantilização dos serviços públicos de saúde.

O conceito de saúde será apresentado como ideal costumeiro de natureza supralegal como valor universal. Não obstante, não perfaz o conceito de Direito à Saúde. Esta transformação da saúde em direito, bem jurídico de valor jurídico-político, está refletindo a opção constituinte. Através disso, se raciocinam as interpretações hermenêuticas do Poder Judiciário.

O segundo capítulo apresenta *o que* estimula mudanças e acelera o processo de construção dinâmica conceitual do Direito à Saúde. A saúde é vista como direito a partir de diversos contextos históricos modulares de Estado. Os acontecimentos na vida social mundial influenciaram na formação de um consenso de valores universais, que acabaram por influenciar na formação de convicção da saúde como bem jurídico de valor econômico a ser custeado pelo Estado.

No terceiro capítulo, propõe-se desenvolver as definições do fato da judicialização da saúde. Através do método descritivo das observações doutrinárias e das análises dos acontecimentos nos sistemas jurídicos, chegando à percepção comparativa entre estruturas de ordens jurídicas distintas do Brasil (Portugal e Reino Unido), revela-se as comunicações e os sentidos entre as observações do sistema político no que diz respeito ao direito fundamental social da saúde e as observações do sistema judicial no complexo sistema jurídico que se desenvolve no ordenamento jurídico.

Em plano de fundo, a Teoria Sistêmica Autopoiética auxilia na observação de segunda ordem em relação à posição do Poder Judiciário de acordo com a estrutura e a organização de ordem jurídica constituinte. A problemática e a dimensão da

judicialização da saúde no Brasil estão inseridas ao encadeamento de ideias permisivas do texto constitucional de 1988, relacionada à opção política pré-existente.

Dentro da conjuntura, cria-se uma indeterminação teórica quanto à definição da expressão judicialização, existindo correntes doutrinárias contrárias e favoráveis ao fato de ocorrer a intervenção do Poder Judiciário na área da saúde. Para fins didáticos, demonstra-se as várias convicções teóricas com base em divisão analítica.<sup>15</sup> É importante referir que o desenvolvimento do capítulo está focado em apresentar uma abordagem multidimensional, a fim de verificar como as informações cognitivas no sistema jurídico causam influencia dinâmica em alterações conceituais do Direito à Saúde, refletindo nas próprias respostas judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF).

O quarto capítulo evidencia os estilos de atuação da função jurisdicional de acordo com o modelo de sistema jurídico escolhido pelo Estado (*common law* e *civil law*). A interferência da estrutura de ordem jurídica na construção de atitudes interpretativas da opção de se ter uma Constituição e torná-la dirimente em tema de direitos fundamentais sociais, como é o caso do Direito à Saúde.

No quinto capítulo, a indeterminação conceitual do ativismo judicial é abordada frente a variável categorização das atitudes ativistas judiciais, do passivismo dos três Poderes, que compõem a Federação do Brasil, e da legitimação do Poder Judiciário no Brasil como fiscal dos preceitos constitucionais e do STF como guardião da Constituição de 1988. Este debate traz à tona aproximação política do Poder Judiciário, diante da abordagem atual do constitucionalismo brasileiro. Existe um papel institucional ofertado ao Poder Judiciário através do ordenamento jurídico atual, justificando a atividade jurisdicional *contra legem* no que concerne ao direito fundamental social da saúde.

Por último desfecho da obra, apresenta-se proposição objetiva com a intenção de mostrar uma abordagem sistemática das respostas jurídicas ao Direito à Saúde.

15 A divisão analítica das opiniões doutrinárias é originária do artigo científico de ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações Judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. Revista de Sociologia e Política. V. 21. Nº 45. Março de 2013. p. 58-68.



# 1. Constitucionalismo e (Direito à) Saúde

O contexto de categorização jurídico-político de uma Constituição está situado nos ciclos sociais momentâneos das ideais das sociedades no espaço histórico geográfico e cultural diferenciado de cada nação soberana. Portanto, quando se fala de constitucionalismo, não se está expressando um conceito estático, mas dinâmico e individualizado para as necessidades locais, ocasionando os movimentos constitucionais variados de acordo com as especificidades de cada constitucionalismo alemão, brasileiro, português, etc.

Para J. J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo pode ser conceituado como:

É a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.<sup>16</sup>

Trata-se de uma teoria normativa da política<sup>17</sup>, instituindo os fluxos sistêmicos dos sistemas sociais (político, social e cultural) que compõem as *peças de quebra-cabeça* de cada sociedade<sup>18-19</sup>.

Por se estar tratando de Direito à Saúde, o interesse de estudar o constitucionalismo surge a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que influenciou a Constituição Francesa de 1791 e a Constituição Norte-Americana de 1787. Este texto costumeiro internacional alimentou nas nações movimentos de legitimação do poder para o povo, vinculado aos conceitos iluministas que provocaram o surgimento do constitucionalismo liberal.

16 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra-PT: Almedina. 2016. p. 51-2.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Open cit.* p. 51.

18 CHIES, Luis Antonio Bogo. Do conflito social ao litígio judicial (limites e possibilidades de um constructo autopoietico). In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (orgs.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 159-167.

19 Vide definições conceituais do item 3 da Introdução – O arcabouço teórico-sociológico de Niklas Luhmann. p. 12-15.

Então, ao mesmo tempo que se desenvolveu a consciência de proteção do indivíduo (qualidade de vida, bem-estar, saúde), também geraram movimentos sociais nefastos de concentração de renda e exclusão social. Assim, tornou-se inevitável a intervenção estatal para frear os comportamentos abusivos da iniciativa privada, limitando os avanços do poder econômico. Daí surgem os direitos de segunda geração ou dimensão, *relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano*<sup>20</sup>.

A Revolução Industrial foi o grande marco dos direitos de segunda geração. A partir do século XIX, através das lutas do proletariado, nasce a defesa dos direitos sociais onde está situado o Direito à Saúde.

O constitucionalismo moderno é uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Esta ordenação dá-se através de procedimento sistemático de racionalização das vontades políticas preponderantes da sociedade, concretizado, em regra, por documento escrito que apresenta em seu conteúdo as garantias, os direitos e as liberdades, bem como estabelece os limites de intervenção dos poderes políticos.

Num viés político, a criação da Constituição *surge do conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade*<sup>21</sup>. É instrumento de formação do ordenamento jurídico estatal.

É através dos desígnios constitucionais modernos que, se criou ou se reconstruiu as estruturas dos Estados Sociais de Direito, organizando e limitando o poder político, mas também dispendo sobre direitos fundamentais, onde se encaixa o Direito à Saúde. Isto em razão à tendência de proteção ao bem da vida, estabelecido pelo *Welfare state*, ganhando roupagem de valor e de fim público para coletividade.

São exemplos de concretização de textos constitucionais, imbuídos de preceitos do liberalismo:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para

20 DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? Revista Eletrônica Âmbito Jurídico. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750) . Acesso em: 20.4.2017.

21 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. iBooks.

sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.<sup>22</sup>

Contudo, é possível perceber que, o *Welfare state* foi um fracasso do liberalismo clássico, quando realizou promessas irracionais à população enquanto o capitalismo consolidava-se mundialmente através da globalização.

Apesar dos *lobbies* dos historicistas, a iniquidade social não foi uma característica isolada dos países subdesenvolvidos. Esta fase histórica, delimitou as sociedades em duas classes, quais sejam, donos do capital e proletariado<sup>23</sup>. Assim, as crises econômicas impulsionadas por fatores históricos como duas guerras mundiais com elevados gastos na área militar, bem como o fenômeno da industrialização e do incentivo ao consumo acelerado fez com que o maior número de indivíduos compusesse a classe proletariada com poucos recursos para manutenção dos novos padrões de bem-estar social (de elevado consumo).<sup>24</sup>

Por lógica, a teoria normativa política liberal clássica, com *status* de conteúdo material e formalmente constitucional, exigiu dos países condutas comissivas no controle social (proteção da saúde coletiva) e econômico (prestação dos serviços de saúde). Em outros termos, o que não era papel precípua do Estado, passou a ser a partir de um ponto de vista ideológico. Ocorre assim, o fenômeno de inchamento das atribuições estatais, através da assunção de responsabilidade proativa de organização e de execução de tarefas de prestação de serviços públicos, abdicando do seu exclusivo papel de poder legislador ou de poder político em si.

22 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 19.

23 WEBER, Max. From Max Weber: essays in sociology. Routledge. 2009.

24 FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a teoria “dimensional” dos direitos fundamentais. Revista Direito & Justiça. V. 39. N.1. jan/jun 2013. p. 31.

Trata-se de uma opção de transformação do que se expõe como liberdade Constitucional formal e abstrata, para um novo paradigma de concretização dos direitos de liberdade.<sup>25</sup>

Esta fase tem a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CREUB/34) como exemplo de concretização normativa dos ideais liberais clássicos. Assegura em um único inciso a competência concorrente dos Estados Membros e da União dos cuidados com a saúde e assistência pública, ficando expresso no Capítulo das Disposições Preliminares (art. 10, inciso II) do Título da Organização Federal. Apesar de incipiente, os ideais de responsabilização dos entes públicos no que se refere ao tema saúde já se revelava critério de mitigação da iniquidade social, através de garantia dos cuidados com a saúde.

É um momento em que o indivíduo passou a ter *status* de sujeito de direitos as prestações sociais estatais (concretas), tais como assistência social, saúde, educação e trabalho. Isto é perceptível na CREUB/34 ao instituir a Justiça do Trabalho, visando *a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País* (art. 121, *caput*), bem como estabeleceu educação gratuita no que concerne ao ensino primário integral (art. 150, parágrafo-único, alínea a) e *fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica* (art. 157, §2º).

Estas mudanças sociais constituíram-se em obrigações de gastos públicos, disponibilizando parte do erário para o suprimento destas novas atribuições estatais. É importante referir que a segunda geração de direitos apesar de aparentar tutela de interesses coletivos (saúde coletiva). Na verdade, está focada no indivíduo individualmente considerado (acesso à saúde da pessoa: cidadão ou não) e seu direito de ter assegurado concretamente justiça social.<sup>26</sup>

## 1.1. Novo direito constitucional brasileiro e (Direito à) saúde

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) é um passo além da modernidade, aprofunda o conteúdo social ao estabelecer metas a serem alcançadas pelos entes estatais, exigindo a criação de *agendas públicas*

25 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 48

dos programas de governo, mostrando-se dirigente das ações governamentais. Faz parte do constitucionalismo contemporâneo, desenvolvido para assegurar padronização dos países no mundo globalizado quanto à proteção dos direitos humanos. Está a serviço também das terceiras gerações ou dimensões de direitos, vinculados aos desígnios de fraternidade ou solidariedade que tutelam o direito à paz, o direito à qualidade de vida, entre outros.

Diferente da Constituição de 1934, o atual texto constitucional de 1988 refere-se a palavra *saúde* sessenta e quatro vezes, colocando como Direito Social. Passa a ser competência comum aos entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios), delimitando diretrizes orçamentárias com metas de gastos públicos para o subsídio do sistema de saúde. A saúde vincula-se à seguridade social (assistência social, previdência e saúde), conceituando-a como *direito de todos* (cidadão e estrangeiro) e *dever do Estado* (responsabilidade por subsidiar a saúde), *garantido mediante políticas sociais e econômicas* (art. 196).

Este *passo maior* que as próprias capacidades econômicas dos Estados não foi uma característica reformadora *sui generis* do Brasil, mas tendência dos avanços das promessas irrealis do constitucionalismo moderno, embriagado dos movimentos de humanização dos Anos de Ouro. Com estas características, passou-se a conhecer consequências contraditórias aos desígnios abstratos, tais como a judicialização da saúde pela ineficiência das políticas de saúde e a consciência da amplitude da promessa de proteção da saúde pelo Estado, associado a facilidade de acesso à justiça por via de demandas judiciais.

Atualmente, vive-se a necessidade de se estabelecer o equilíbrio entre os ditames pretenciosos da modernidade e as diretrizes condutoras do extremismo do constitucionalismo contemporâneo, a fim de se consolidarem os valores dos direitos humanos.

A partir do século XXI, surge perspectiva do constitucionalismo focada na concretização dos direitos fundamentais. Abdica-se da exclusiva ideia da Constituição como instrumento de limitação do poder político. Os ideais do novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo) têm como ponto de partida a instituição do Estado Democrático Social de Direito, cujo fim é efetivar as promessas de prestações materiais.

Das peculiaridades do Neoconstitucionalismo, podem-se citar o trecho da doutrina de Walter de Moura Agra:

Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.<sup>27</sup>

Percebe-se, assim, a inovação contida no caráter axiológico da construção da nova teoria normativa da política, uma vez que visa materializar os direitos fundamentais.

Parte-se para valoração dos desígnios constitucionais, tendo as regras jurídicas constitucionais como fonte de interpretação de todas as normas infraconstitucionais e, de tal modo, ponto central e onnipresente de todo ordenamento jurídico. Esta percepção espiritual da teoria do neoconstitucionalismo faz nascer resultados no sistema jurídico, que se consubstancia em compor contendas focadas nos valores constitucionais.

É importante conhecer a opção política do texto constitucional vigente, uma vez que a promoção de resultados do sistema jurídico irá refletir o que está conceituado como dignidade humana e como direitos fundamentais.

Garantir prestação à saúde com ônus exclusivo público é o conteúdo do artigo 196 da Constituição de 1988. O processamento de pretensões postulatórias judiciais irracionais de acesso ilimitado aos mecanismos gerais de proteção, de preservação e de tratamento da saúde está baseado na normativa principiológica do texto constitucional. O acesso à justiça finda-se como mecanismo para efetivação do alcance de respostas positivas ao Direito à Saúde, já que o papel precípua é tornar real a promessa constitucional.

É a partir daí que, a formação de substancialismo *do valor do que se espera de Direito à Saúde* está intrinsecamente relacionado à definição *do valor e da convicção de materialização deste direito* através de um procedimento de formação do conceito, do que se pretende tutelar e materializar como saúde.

Através do constitucionalismo moderno, consubstanciam-se todas as respostas jurídicas em vista da influência valorativa da norma jurídica constitucional (art. 196, CF/88). Esta estabelece-se com superioridade axiológica e com dinâmica de interpretação centrípeta do ordenamento jurídico. Assim, a saúde está relacionada a opção política específica do interesse Estatal de prestar as-

27 AGRA, Walter de Moura. Curso de direito constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 31.

sistência à saúde de modo concreto diante da abstrata promessa pela norma constitucional, garantindo condição digna mínima ao ser humano.

Esta tendência de valoração axiológica da razão da norma está inserida num contexto de hermenêutica geral e universal como valores supralegais de legitimidade e de justiça. Aflora-se dogmática jurídica a um novo *jusnaturalismo moderno*, que se situa no pós-positivismo. Então, o texto constitucional é a base da legalidade *stricto sensu*, mas sua legitimidade está envolvida com os valores de dignidade humana de *status* universalizante.<sup>28</sup>

Esta tendência é aparentemente desenvolvida e retratada nos textos constitucionais, trazendo para o conteúdo formal das constituições as regras-princípios imbuídas de alcançar razões práticas para aplicação, *por ex.*, do acesso à saúde como direito fundamental.

Pode-se citar, assim, o artigo 196 da CF/88:

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.

A Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, em seu texto original, também revela esta característica:

ARTIGO 64.º

(Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.
3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

28 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 10.5.2017.

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
- b) Garantir uma racional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o país;
- c) Orientar a sua acção para a socialização da medicina e dos sectores médico medicamentosos;
- d) Disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde;
- e) Disciplinar e controlar a produção, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.

Não obstante, é importante tencionar que, as ideias políticas, dotadas de força normativa, são variáveis consoante a diretriz material, expressa ou interpretativa, da regra jurídica vigente no momento histórico.<sup>29</sup> Isto quer dizer que, os serviços nacionais de saúde são importantes e necessários para assistência social imprescindível aos cidadãos, mas são suscetíveis de reformas de acordo com a constituição de novas expectativas constitucionais.<sup>30</sup>

Dentro deste contexto, é possível verificar as relações jurídicas compostas pelas inter-relações dialéticas entre a disputa de poder e os embates das comunidades políticas e/ou entre os embates de interesses dos sujeitos e dos destinatários do poder. Contudo, estas disputas são realizadas dentro de regras normativas do poder constituinte, pactuado previamente num *contrato social*<sup>31</sup>.

É bem de ver que o conflito substancialismo versus procedimentalismo não opõe realmente duas ideias antagónicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo,

29 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1309.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Volume 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 826.

31 LOCKE, John. Second Treatise of Government. Chapter 7: Political or Civil Society. p. 26-31. Disponível em: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>. Acesso em: 20.4.2017.

o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.<sup>32</sup>

Este modelo de constitucionalização dos direitos sociais está alicerçado ao modelo de supremacia do texto constitucional. É um padrão metodológico que privilegia a consolidação dos interesses políticos majoritários, definindo os direitos que pretendem dar *status* de fundamentais e sociais (saúde).

Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso:<sup>33</sup>

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958.

É importante reiterar que, a constitucionalização do direito (à saúde) está associada aos desígnios políticos de categorização objetiva.

De resto, o Direito à Saúde vincula-se ao direito administrativo no que concerne à área de tutela da Administração Pública. Trata-se de seara autônoma do direito público. Sem embargo, o direito administrativo da saúde também sofreu efeitos da constitucionalização, como, *por ex.*, a existência de seção própria na CF/88, quando trata da seguridade social no Capítulo II do Título VIII da Ordem Social. Este *status* de norma constitucional de direito fundamental do Direito à Saúde é influência dos princípios constitucionais nas bases teóricas do direito administrativo.

32 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de Direito Administrativo*, 240:83, 2005, p. 88.

33 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo do direito constitucional no Brasil. Disponível em: [http://www.luizrobortobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luizrobortobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 6.6.2017. p. 19-20.

O Direito à Saúde possui estrita relação com as searas do direito administrativo, político e constitucional.

O político está umbilicalmente ligado a estrutura do Estado, definindo as funções, as atribuições e os limites dos órgãos decisórios do sistema nacional de saúde. Daí a natureza mais aproximada com o direito público no que concerne ao direito à saúde na acepção pública. O direito administrativo da saúde está constituído de normas e de instituições relacionadas aos princípios fundamentais orgânicos do regime e do sistema político de saúde proposto pelo texto constitucional.<sup>34</sup>

Esta construção teórica dá-se a partir do século XIX com a criação dos pilares constitucionais para formação do Estado de Direito. Este é criado como instrumento de demonstração e de garantia dos direitos individuais (direito à saúde), que consubstancia a base do ordenamento jurídico posto.

É por meio deste ordenamento jurídico, que se implementa a sociedade política, com seus valores de liberdades (individuais ou coletiva) *ao acesso* dos direitos (social *da saúde*). Por sua vez, o Estado tem um sistema restrito e capaz de alcançar o estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais (de cada ser humano) para atingir o interesse público.

O Direito à Saúde vincula o Estado ao dever jurídico proposto pela constituição, a fim deste respeitar os direitos dos indivíduos. Portanto, surge a concepção de uma Administração Pública condicionada a concretizar e a efetivar os direitos individuais. À contrapartida, é a necessidade de conscientização dos deveres dos indivíduos perante a sociedade política através dos desígnios do Estado de Direito. É processo imprescindível de desenvolvimento de consciência civilizatória e cultural nos indivíduos.

A Administração Pública não é a única responsável pela consolidação das propostas normativas constitucionais (direito à saúde). O Estado de Direito só se efetiva através de participação proativa dos indivíduos em legitimar o poder político, estabelecido pela sociedade (art. 198, inciso III, CF/88).

Através das condições constitucionais do Direito à Saúde, é possível estabelecer sentido formal para construção do sistema de legalidade do que se entende por saúde como direito. É a partir daí que se estabelece a organização da estrutura do sistema nacional de saúde (direito administrativo da saúde), proposto pelo constituinte.

34 CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Volume 1. 10<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 51.

Esta tendência dogmática é a mutação das funções concretas dos serviços públicos, separando esta da atividade de governo.<sup>35</sup>

O próximo passo foi a alteração do perfil dos interesses públicos formalmente constituídos nos textos constitucionais. Mostra-se nas reformas o foco nas condições económicas dos Estados. Tem-se, assim, alterações dos textos constitucionais dos países, passando a redefinir o carácter prestacional do direito fundamental à saúde. Uma boa ilação do referido é a Revisão Constitucional de 1989 da Constituição Portuguesa que *abandonou a referência à gratuidade 'tout court' e passou a dizer apenas que o serviço nacional de saúde é tendencialmente gratuito, tendo assim flexibilizado a fórmula constitucional anterior*<sup>36</sup>.

Assim, passou a expressar o novo texto constitucional Português:

ARTIGO 64.º

(Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado:
  - a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
  - b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
  - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
  - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

35 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo do direito constitucional no Brasil. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 6.6.2017. p. 37.

36 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1314.

- c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
  - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
  - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
  - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

Observe-se que esta reforma do texto constitucional português está associada ao contexto econômico da nação, ocasionando mitigação ao monopólio de financiamento estatal e, ainda, garantindo a desestatização do tema saúde. Assim, passou a ocorrer a diminuição da atuação proativa de prestação do Estado para o aumento do campo de regulação e de fiscalização dos serviços públicos delegados às organizações privadas, exigindo regimes jurídicos especiais dissonantes ao clássico contexto de direito administrativo.<sup>37</sup>

Trata-se de visão de necessidade de racionalização econômica da procura dos cuidados de saúde pelos usuários, aplicando medidas econômicas tais como as *taxas moderadoras* em Portugal.

Diga-se de passagem, que a alteração no conteúdo do direito fundamental à prestação de assistência à saúde em Portugal mostrou uma nova dinâmica de resposta do Poder Judiciário Português, focado nos preceitos atuais de Direito à Saúde para viabilizar o mínimo existencial na concretização do acesso à saúde<sup>38</sup>.

6.4 — Além das «taxas moderadoras», previstas na Base XXXIV, refere a norma da alínea *d*) do n.º 2 da Base XXXIII outra espécie de taxas, que

37 COUTINHO, Juliana Ferraz. O Público e o Privado na Organização Administrativa. Coimbra: Almedina. 2017. p. 135.

38 TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In SARLET, Ingo W. (org.). Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 44-46.

podem ser cobradas pelos estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde «por serviços prestados ou utilização de instalações ou equipamentos nos termos legalmente previstos».

Sustenta-se no pedido que «o facto de se fixarem dois tipos de taxas, umas moderadoras e outras estranhas a este objectivo e finalidade, con-substancia, por si só, uma inconstitucionalidade material».

Mas a norma da alínea *d*) do n.º 2 da Base XXXIII da Lei n.º 48/90 também não infringe o artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*), da Constituição.

A razão é simples: as taxas referidas naquele preceito da Lei de Bases da Saúde não são pagas directamente pelos utentes beneficiários do Serviço Nacional de Saúde. De facto, da discussão na generalidade da Proposta de lei n.º 127/V e dos Projectos de lei n.ºs 481/V (PS), 484/V (PRD), 485/V (PCP) e 486/V (CDS), de que veio a emergir a Lei de Bases da Saúde, ressalta que as únicas taxas a pagar directamente pelos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde são as «taxas moderadoras».

As taxas a que alude a alínea *d*) do n.º 2 da Base XXXIII da Lei n.º 48/90 foram pensadas como retribuição pelos serviços prestados ou pela utilização de instalações ou equipamentos de estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde por parte de estabelecimentos privados ou profissionais liberais que tenham celebrado contratos com o Ministério da Saúde ou com as administrações regionais de saúde a prestação de cuidados de saúde e que fazem parte do sistema de saúde, nos termos do n.º 1 da Base XII da Lei n.º 48/90. Trata-se, pois, de taxas pagas directamente pelo sector privado de prestação de cuidados de saúde — e indirectamente pelos respectivos utilizadores —, em consequência da obtenção de serviços ou da utilização de instalações ou equipamentos pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde [cfr., por exemplo, os n.ºs 11.º a 13.º da Portaria n.º 122/94 (2.ª Série), publicada no *Diário da República*, II Série, n.º 200, de 30 de Agosto de 1994, que criou o Centro de Responsabilidade de Medicina Nuclear dos Hospitais da Universidade de Coimbra (CRMN), bem como os artigos 12.º a 14.º do Regulamento Interno deste Centro, aprovado por Despacho do Ministro da Saúde, publicado no mesmo *Jornal Oficial*, que disciplinam o exercício de medicina privada naquele organismo e os encargos correspondentes a cobrar pelos Hospitais da Universidade de Coimbra (HUC) e, bem assim, os n.ºs 11.º a 14.º da Portaria n.º 123/94 (2.ª Série), publicada no mencionado *Diário da República*, que criou nos HUC o Centro de Responsabilidade de Oftalmologia (CRO), assim como os artigos 11.º a 13.º do Regulamento Interno deste Centro, publicado no citado *Jornal Oficial*, que regulam o exercício da clínica privada no CRO e as receitas que daí derivam para os HUC].

6.5 — A norma do n.º 1 da Base XXXV da Lei n.º 48/90, não viola, de igual modo, qualquer norma ou princípio constitucional. Com efeito, ela limita-se a habilitar o governo-legislador, através de um decreto-lei de desenvolvimento, a «especificar as prestações garantidas aos beneficiários do serviço nacional de saúde» ou a «excluir do objecto dessas prestações cuidados não justificados pelo estado de saúde». Com base nesta norma, poderá o legislador determinar, por exemplo, que o Serviço Nacional de Saúde não garante a realização de intervenções cirúrgicas com objectivo exclusivamente estético, isto é, sem reflexos no estado de saúde, ou outras prestações não exigidas ou justificadas pelo estado de saúde do utente.

Com aquela dupla habilitação dirigida ao governo-legislador, a norma do n.º 1 da Base XXXV da Lei n.º 48/90 não infringe, por si mesma, os princípios da *generalidade* da prestação integrada de cuidados globais de saúde e da *gratuidade tendencial* do Serviço Nacional de Saúde, não violando, por isso, a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 64.º da Lei Fundamental.<sup>39</sup>

No Brasil, a situação não é diferente. Apesar de alterações tardias diante do viés global, a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 trouxe para o texto constitucional alguns traços incipientes da trajetória do novo perfil constitucional de reformas com natureza econômica, influenciando na diminuição da intervenção do Estado como financiador exclusivo da saúde, admitindo investimentos de capital estrangeiro e reduzindo a participação do Estado nas intervenções de assistência da saúde.

Soma-se a isso que o novo direito administrativo, influenciado pelo constitucionalismo pós-positivista, está alicerçado em princípios com *status* normativos constitucionais (material e formal), trazendo regras-princípios tais com a eficiência, a publicidade, a moralidade, a legalidade e a impessoalidade como critérios de supremacia do interesse público (art. 37, *caput*, da CF/88).

Trata-se de influência do conteúdo constitucional aos critérios de legalidade *stricto* de vinculação positiva do agente público à Lei em relação aos atos administrativos. Está associado ao desígnio de hermenêutica geral implícito da seara constitucional pós-moderna, qual seja, a supremacia do interesse público, que está vinculado a essência do direito público, fazendo a base do regime jurídico-administrativo de atuação da Administração Pública.<sup>40</sup>

39 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 274/90. Plenário. Relator: Conselheiro Alves Correia. Acórdão publicado no Diário da República, II Série, de 26 de março de 1996.

40 ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado. Ed. 23ª. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 204.

É mecanismo de flexibilização das decisões da gestão pública nas situações concretas, aferidas à conjuntura da relação jurídica enfrentada na causalidade de meio e de fim. Admite-se, assim, interpretações jurídicas adaptáveis à adequação social, à necessidade do caso concreto e, até mesmo, de respostas jurisdicionais *contra legis* para atender o interesse público.

Os méritos das tomadas de decisões da Administração Pública acabam por receber interferência da tutela judicial, viabilizando o controle dos méritos administrativos dos atos praticados quando contrários aos desígnios constitucionais. Assim, a discricionariedade administrativa pode receber interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo das ações da Administração Pública<sup>41</sup>.

No que concerne à saúde, pode-se identificar duas tendências marcantes com os efeitos do neoconstitucionalismo. O primeiro consequencial está relacionado à judicialização da saúde. Quando a promessa constitucional não é efetivada, busca-se o acesso através da justiça.<sup>42</sup> O segundo causal revela o afastamento da responsabilidade do Estado na prestação dos serviços de saúde

41 Pela constitucionalização do direito é possível penetrar na essência de atos públicos até então inexplorados por outros Poderes. O que era vedado, em homenagem aos princípios e normas da Constituição Federal, passou a ser permitido. Pois o Poder Judiciário no atual século e no final do século passado, alçou a condição, dentre outras, de fiscal de todos os atos públicos. Esta necessária fiscalização do Poder Judiciário sobre toda a sociedade, inclusive quanto aos atos públicos, possui o escopo de manter eficaz os princípios e as normas da Constituição, sem que se caracterize uma indevida ingerência de um poder sobre o outro. Assim, o que era proibido – controle do ato administrativo discricionário – controle externo (Poder Judiciário) – passou a ser permitido pela Constituição Federal. Apesar dessa alteração constitucional, a doutrina e a jurisprudência se encontram divididas, entendendo, sem unanimidade, que ainda é defeso a verificação do motivo, da oportunidade e conveniência do ato tido como discricionário pelo Poder Judiciário. Entendemos que é necessário um amplo debate sobre o assunto, pois todo e qualquer ato público não está imune ao controle de mérito pelo Poder Judiciário, guardião maior da Constituição. É preciso que haja a evolução total da doutrina, e que ela se desapegue da fase arcaica do direito administrativo, onde prevalecia a concepção de que um Poder não poderia invadir a competência do outro, sob pena de quebra do princípio da independência constitucional, para se dar conta que o Poder Judiciário quando invalida o ato público, discricionário ou não, não está cometendo uma intromissão indevida, pois ele resguarda a eficácia da normatividade da Constituição, restituindo a sua força e o dever de que todos devem construir seus atos em conformidade com os preceitos Maiores. Assim, o rótulo do ato público pouco importa, em razão do efetivo controle judicial exercido pelo Poder Judiciário, como o responsável pela manutenção positiva da densidade da Carta Maior (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito [oportunidade e conveniência] do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19995-19996-1-PB.pdf>. Acesso em: 1.10.2016).

42 VIAL, Sandra Regina Martini. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo;

pública e a constituição de novo modelo organizacional dos sistemas nacionais de saúde, atribuindo papel de regulação ao Estado, passando a dimensionar privatizações na área da saúde.<sup>43</sup>

De qualquer sorte, estas tendências serão melhores desenvolvidas ao longo do livro. Nesta fase incipiente, é necessário conhecer os modelos de sistema de saúde que se consolidaram nos textos constitucionais, formando o instrumento de acesso ao Direito à Saúde.

## 1.2. Modelos de Sistemas de Saúde

Os fundamentos de construção estrutural dos sistemas nacionais de saúde estão alicerçados basicamente em dois referenciais teóricos, quais sejam, o Modelo de Bismarck e o Modelo de Beveridge. Ao serem normatizados pelos ordenamentos jurídicos, os modelos passaram a constituir o sistema organizado de direito administrativo da saúde. Ambos modelos estão ligados as propostas de estruturas administrativas para época histórica da Revolução Industrial, cuja mentalidade dos atores principais da área da saúde estava associada as questões de acesso primário à saúde<sup>44</sup>.

O interesse em tutelar a saúde está diretamente relacionada à situação econômica, pois a perda da produtividade era associada ao estado de saúde dos trabalhadores. Era importante, assim, criar estrutura para assistir os trabalhadores nos cuidados com a saúde. Portanto, o *caráter de humanização* de acessão do direito à saúde está diretamente relacionado as necessidades econômicas.

---

ENGELMANN, Wilson (org.). Constituição, sistema sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 221-241.

43 ANTÓNIO, Isa. As parcerias público-privadas no sector da saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 21.

44 Do século XV ao XVIII verificou-se verdadeira mudança de mentalidade. A mecânica e a técnica, de menosprezadas, passaram a supervalorizadas. Não é generalizada essa aceitação, pois os preconceitos têm raízes fundas, dificilmente removíveis. Ainda no século XVIII e mesmo nos seguintes, até o atual, encontra-se certa atitude de suspeita ante o manual ou mecânico, enquanto se realça o ócio, o lazer, a condição de nobreza, que não trabalha ou só trabalha com a inteligência e exerce o comando. Daí a desconsideração com tarefas como as agrícolas - revolver as terras com as mãos - as artesanais ou manufatureira, ou mesmo as comerciais (...). Curioso lembrar como os médicos, forrados de humanismo, não tinham respeito pelos cirurgiões, pois exerciam labor mecânico. Até 1743 - Repare-se a data - eram vistos como espécie de barbeiros. (Iglésias, Francisco. A Revolução Industrial. São Paulo: Brasiliense. 1981. p. 40-41).