

## O DIREITO À SAÚDE E SUA EFICÁCIA\*

Edilson Pereira Nobre Júnior\*\*

### RESUMO

O texto trata do direito social fundamental à saúde, a lhe assegurar conteúdo mínimo, o qual é oponível aos particulares e aos poderes públicos, possibilitando a produção de vários efeitos, no âmbito legislativo e judicial.

**Palavras-Chave:** Direito fundamental. Saúde. Constituição.

### 1 SAÚDE *VERSUS* CONSTITUIÇÃO

Em trabalho de referência, Norberto Bobbio<sup>1</sup> ressalta, com inteira propriedade, que os direitos do homem são direitos históricos, os quais tiveram seu nascimento e gradual evolução caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra as pressões excessivas do poder.

Partindo-se dos movimentos que marcaram a era moderna, cujo ápice culminante se deu com a Revolução Francesa, assistiu-se, inicialmente, a proteção dos direitos inerentes à liberdade (liberdade religiosa, de expressão do pensamento, dentre alguns) e da propriedade individual.

Como consequência, restou moldado conceito de constituição, apontado como liberal ou clássico, o qual teve como referência o art. 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789<sup>2</sup>.

Posteriormente, com o desenvolvimento da industrialização, que provocou grandes adensamentos populacionais nas cidades, acompanhados de condições de vida subumanas

---

\* Ainda conservando seu ineditismo, este escrito foi, inicialmente, produzido como *Paper* para fins de aproveitamento no “Seminário Direito e Saúde”, realizado pela ESMAFE/5ª Região – Núcleo Rio Grande do Norte, no dia 17 de abril de 2009.

\*\* Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre e doutor em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

<sup>1</sup> *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 2 e 5.

<sup>2</sup> Eis o texto do dispositivo: “Artigo 16º Toda sociedade na qual não é assegurada a garantia de direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”. Tradução de versão em francês disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Acesso em: 23-04-2009.

para a grande massa dos trabalhadores, fez-se eclodir a tentativa em afirmar novos direitos como fundamentais.

Emergiu, assim, pretensão voltada à fruição de direitos nas províncias econômica, social e cultural, acarretando, de conseguinte, o repensar do conceito de lei fundamental.

Daí que texto precursor do denominado constitucionalismo social, a Constituição do México, de 31 de janeiro de 1917, no seu art. 3º, I, *a*, enunciava que se deveria compreender por democracia “não somente uma estrutura jurídica e um regime político, mas também um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo”<sup>3</sup>.

Nesse diapasão, seguiu-lhe a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, cuja Parte Segunda continha, dentre seus cinco títulos, os destinados à vida social (Título II, arts. 119 a 134), à educação e à escola (Título IV, arts. 142 a 150) e à vida econômica (Título V, arts. 151 a 165).

Cessada a Segunda Conflagração Mundial, as novas constituições europeias, libertas do autoritarismo anterior, ratificaram o compromisso com o Estado Social, consagrando, nos seus textos, direitos voltados a promover a qualidade de vida dos cidadãos.

Nesse particular, especial destaque assomou para o direito à saúde. É o que demonstram, *verbi gratia*, as Constituições da Itália (art. 32), da Espanha (art. 43), de Portugal (art. 64º), do Chile (art. 10º), da República Oriental do Uruguai (art. 44), da Bulgária (art. 52) e da Guatemala (arts. 93 a 100)<sup>4</sup>.

O Brasil não se situou à margem dessa tendência. A Constituição de 1988, após breve referência no seu art. 6º, trouxe extensa disciplina do direito à saúde nos seus arts. 196 a 200, os quais são seguidos por ampla regulamentação legislativa.

Dentre os principais diplomas, aponta-se a: a) Lei 8.080/90, relacionada à promoção, à proteção e à recuperação da saúde e o funcionamento dos serviços correspondentes; b) Lei 8.142/90, dispondo sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde; c) Lei 9.313/96, que disciplina a distribuição de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de

<sup>3</sup> A redação pode ser visualizada em *Textos históricos do direito constitucional*. Organização e tradução de Jorge de Miranda. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980, p. 249.

<sup>4</sup> Interessante a técnica perfilhada pela Lei Fundamental de Bonn de 1949, na qual a enunciação de direitos fundamentais, principalmente dos ditos direitos sociais, é escassa. Não obstante, a cláusula que declara a República Federal da Alemanha como um Estado federal democrático e social contém, segundo Ernesto Benda (El Estado social de Derecho. Tradução: Antonio López Pina. In *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 521.), uma adesão ao Estado social de importância decisiva na interpretação da Constituição, impondo aos poderes públicos o encargo de realizar tal objetivo. Daí a possibilidade também de extrair-se o reconhecimento do direito à saúde como fundamental.

AIDS; d) Lei 9.970/99, ao tratar da promoção gratuita da saúde por meio de organizações de sociedades civis de interesse público; e) Lei 9.797/99, estabelecendo a obrigatoriedade de cirurgia plástica reparadora da mama pelas unidades integrantes do Sistema Único de Saúde, nas hipóteses de mutilação para tratamento do câncer.

Tecidos esses comentários, importante a delimitação do componente de efeitos que decorrem da presença, no texto constitucional, do direito à saúde, abordagem representativa da pretensão desse trabalho.

## 2 A PROTEÇÃO DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O ponto de partida da nossa tarefa está em saber a natureza de tal direito que, a nosso sentir, é a de lúdimo direito fundamental para, então, deter-se na delimitação de quais efeitos podem resultar de tal afirmação.

Essa qualidade não lhe pode ser negada, seja sob o perfil formal, seja sob aquele dito material<sup>5</sup>. Formalmente, por se tratar de posição jurídica subjetiva explicitamente reconhecida no texto da Lei Fundamental. Sob o prisma material, por não ser concebível negar que o direito à saúde se cuida de direito inerente à pessoa humana.

Isso se reforça quando se tem, na pena de Ingo Sarlet<sup>6</sup>, defesa do caráter de fundamental dos direitos sociais, uma vez se tratar sua inserção no Título II (art. 6º) da Lei Básica vigente de orientação que recebeu, ao instante da elaboração do pacto constitucional, a proteção e a força normativa peculiar aos direitos fundamentais, a qual decorreu da sua relevância para os “pais” da Constituição, decisão que não pode pura e simplesmente se ter por desconsiderada.

Não poderia ser diferente, haja vista que o Constituinte de 1988 proclamou, no Título I de sua obra, destinado aos princípios fundamentais, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como objetivo fundamental, a construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Em reforço, o preâmbulo constitucional aponta que a Assembléia Constituinte teve sua convocação, para

<sup>5</sup> Conferir, a esse respeito, Robert Alexy (*Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21-31.) e Jorge de Miranda (*Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 07-12). O primeiro dos autores, em acréscimo, cogita também dos direitos fundamentais sob uma terceira perspectiva, qual seja a procedimental.

<sup>6</sup> Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. AGRA, Walber de Moura (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

fins de instituição de um Estado Democrático, voltada para assegurar, dentre outros, os direitos sociais como valores supremos.

Em portando a natureza de direito fundamental, não se pode deixar de reconhecer que o direito à saúde possui força preceptiva e não meramente programática. Permite ainda que se reclame do seu aplicador, seja o administrador, seja o juiz, o dever de, sempre que possível, atuar para extrair da norma constitucional sua máxima efetividade, mesmo quando não esteja amparada por lei regulamentadora.

Isso não quer significar que os direitos sociais, envolvendo prestações estatais em prol da coletividade, muitas vezes em montantes financeiros elevados, não encontrem – e até em maior escala do que quanto aos direitos fundamentais de defesa – maiores dificuldades quanto à sua concretização.

Não se há, portanto, como passar despercebida que a satisfação de direitos sociais requer uma atuação estatal de caráter coletivo. É como afirma Christian Courtis:

a satisfação dos direitos sociais, como o acesso aos serviços de saúde, habitação, educação, requer necessariamente um planejamento coletivo, uma escala de planejamento: é impossível pensar a atribuição de um professor por criança, ou um médico por pessoa. Você precisa pensar em serviços para cobrir as necessidades a partir de dimensões grupais ou coletivas.<sup>7</sup>

Porém, tal nem de longe quer dizer que os direitos sociais não possuam um conteúdo mínimo essencial, a emanar de sua incorporação ao texto sobranceiro, que se impõe aos órgãos públicos e aos particulares.

### **3 O DIREITO À SAÚDE E SUA EFICÁCIA: POSSIBILIDADES E LIMITES**

A partir desse conteúdo mínimo, e voltando-se as atenções às peculiaridades do nosso sistema jurídico, é permitido ser descortinado um amplo raio de eficácia do direito em foco.

---

<sup>7</sup> satisfacción de derechos sociales, como el acceso a servicios de salud, vivienda, educación, exige necesariamente una planificación de carácter colectivo, una planificación de escala: es imposible pensar en la asignación de un maestro por niño, o de un médico por persona. Se necesita pensar en servicios a cubrir necesidades a partir de dimensiones grupales o colectivas (*Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 189).

De logo, ressalte-se, como fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>8</sup>, que o direito à proteção da saúde compreende duas vertentes. A primeira delas, de ordem negativa, consiste no direito de exigir do Estado e dos particulares que se abstenham de praticar qualquer ato que prejudique a saúde de outrem. Noutra parte, tem-se o direito de exigibilidade, por parte dos cidadãos, de medidas e providências estatais, visando à prevenção e ao tratamento das enfermidades.

Sem perder de vista essa bipartição, uma das primeiras eficácias que envolvem o direito à saúde, na condição de direito fundamental, está na sua imunidade ao poder de reforma constitucional.

De fato, o art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal, ao afirmar que não serão objeto de deliberação propostas de emenda constitucional que versem sobre direitos e garantias individuais, não deve ser compreendido como excludente dos direitos sociais.

Com carradas de razão Ingo Sarlet<sup>9</sup>, para quem tal se impõe por a melhor interpretação para o dispositivo acima se encontrar no método sistemático, de sorte que não se pode olvidar que o princípio do Estado Social, e os direitos fundamentais por este pressupostos, constituem elementos essenciais, de identidade da Lei Maior de 1988. Desse modo, os direitos sociais, a despeito de não se acharem explicitados no rol das cláusulas pétreas, consistem autênticos limites materiais à reforma constitucional.

Não se conclua, porque assim se chegaria ao insustentável, que todo e qualquer dispositivo do Título VIII, Capítulo II, Seção II, apresente-se imutável e intangível. Absolutamente. Apenas e tão-só o núcleo essencial de tal direito é que não poderá ser afetado por mudança formal da Constituição<sup>10</sup>. Por exemplo, não se pode suprimir a saúde do rol do art. 6º, bem como o art. 196, ambos da Constituição.

Outro ponto que se deve destacar é a qualidade não meramente programática, mas sim, para utilizar-se de expressão ao gosto de Canotilho e Vital Moreira<sup>11</sup>, impositivo-programática do direito à saúde. Permite, assim, caso se verifique o não cumprimento das medidas estatais tendentes à sua disciplina infraconstitucional, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, §2º, da Norma Ápice.

<sup>8</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. I, p. 825.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 264-265.

<sup>10</sup> Nessa linha, conferir entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.024 – 2 – DF (Pleno, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 01-12-2000).

<sup>11</sup> Op. cit., p. 825-826.

Nesse particular, registre-se que a densidade textual com a qual se reveste o art. 198, §2º, I e II, da Constituição, é capaz de conceber a admissibilidade do controle, por parte do Poder Judiciário, da ação estatal que se omite quanto à implementação de políticas públicas.

Assim restou admitido, embora à guisa de *obiter dictum*, mediante decisão do Min. Celso de Mello nos autos da ADPF 45<sup>12</sup>, impetrada contra veto presidencial apostado ao §2º do art. 55 de proposição legislativa que, ao final, foi convertida na Lei 10.707/2003, destinada à fixação de diretrizes à elaboração da lei orçamentária do ano de 2004.

Por outro lado, não se descarte que o componente de eficácia de que é portador o art. 196 da Constituição é suficiente para permitir sua invocação em juízo diante de casos concretos quando se cuide da preservação de um mínimo existencial.

Considerando-se o dever do intérprete da Constituição, no sentido de extrair do seu texto a maior efetividade possível, a jurisprudência, mesmo à míngua de lei, reconheceu, nos autos do AgRg no RE 271.286 – RS<sup>13</sup>, com base apenas na mensagem do art. 196 da Lei Básica, enunciando a saúde como direito de todos e dever do Estado, o direito ao fornecimento de medicamentos a pacientes carentes para o tratamento de moléstia grave, como é o caso da AIDS.

A permissão de invocação em juízo do direito à saúde, independente de suporte legal, foi novamente destacada pelo Supremo Tribunal Federal, ao negar conhecimento ao RE 226.835 – 6 – RS<sup>14</sup>. Neste se controvertia o direito de determinada cidadã em obter internação hospitalar na modalidade diferença de classe (isolamento protetor em quarto privativo), para o tratamento de leucemia mielóide aguda, com o pagamento dos custos suplementares pela parte interessada, arcando o SUS apenas com o valor inerente ao custo da internação simples.

A súplica ao aparato jurisdicional emanou da circunstância da Resolução 283/91 do INAMPS vedar o complemento do custo de tratamento a qualquer título, cujo afastamento pela decisão recorrida se vislumbrou com acerto, tendo em vista: a) o direito à saúde não poder sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou dificultar o seu acesso; b) não ocorrência de quebra do princípio da isonomia, pois não se determinou tratamento privilegiado ou desigual entre administrados que se encontrassem numa mesma situação, pois apenas se facultou tratamento diferenciado sem ampliação do encargo do SUS.

---

<sup>12</sup> DJ n. 84, 04.05.2004.

<sup>13</sup> 2ª T. v.u., rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000.

<sup>14</sup> 1ª T., v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 10-03-2000.

Por outro lado, o direito à proteção da saúde opera, em muitas situações, como limitação ao exercício de outros direitos fundamentais. Foi o caso, por exemplo, da ADI 3.512 – 6 – ES<sup>15</sup>, na qual se questionou a validade do art. 1º da Lei estadual 7.735/2004, ao assegurar, em favor dos doadores regulares de sangue, o direito ao pagamento de entrada, com desconto de cinquenta por cento, para fins de acesso aos locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos integrantes da Administração Estadual.

Demais do reconhecimento da competência dos Estados-membros para legislar sobre direito econômico, destacou-se a ausência de maltrato ao princípio da livre iniciativa que, na situação plasmada, deveria ceder diante do interesse público primário, representado pelo direito à vida.

Da mesma forma que o direito à saúde é idôneo para justificar restrição de outros direitos fundamentais, não é possível desconhecer que se acha sujeito a limites.

Isso porque a solução do seu confronto com direitos fundamentais diversos dependerá sempre de ponderação à luz do caso concreto.

Granjeia, na atualidade, especial atenção para os possíveis custos que uma judicialização excessiva e ilimitada do direito à proteção da saúde possa acarretar, mais precisamente no que concerne à determinação de tratamentos, de intervenções cirúrgicas de média e alta complexidade e do fornecimento gratuito de medicamentos.

Essa preocupação tem seu respaldo na circunstância, apontada com rapidez, de que a realização dos direitos sociais, por se destinar à cobertura coletiva, caracteriza-se pelo seu gradual processo de concretização, o qual depende das possibilidades financeiras do Estado.

A só qualidade de fundamental não torna o direito à saúde como absoluto. Os direitos sociais – adverte Baldassare<sup>16</sup> – podem ser qualificados como incondicionados ou condicionados. Ao contrário dos primeiros que, ao mesmo modo dos direitos de liberdade ou de defesa, surgem da livre iniciativa das partes (por exemplo, o direito ao salário mínimo, ao descanso remunerado etc), os da segunda categoria configuram posições jurídicas cuja fruição depende da existência duma organização incumbida das correspondentes prestações, necessárias para tornar possíveis os comportamentos ou condutas que são integrantes de seu objeto. Pressupõe, portanto, a organização de uma estrutura administrativa e de sua manutenção financeira.

<sup>15</sup> Pleno, v.u., rel. Min. Eros Grau, DJU de 23-06-2006.

<sup>16</sup> *Los derechos sociales*. Tradução de Santiago Perea Latore. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004, p. 194-195.



Nesse ponto, assoma à ribalta o princípio da igualdade, uma vez que os recursos disponíveis visam atender a uma universalidade de pessoas. Desse modo, não se afiguraria com legitimidade, em linha de princípio, o dispêndio, sem respaldo num juízo de proporcionalidade, de vultosa quantia em favor de determinado administrado, quando tal possa comprometer o tratamento dum imenso número de pessoas, também titulares do direito à saúde.

Por isso, a existência de várias determinações judiciais que, com assiduidade, vêm implicando elevados gastos com a saúde de parcela restrita de cidadãos, desperta reação da doutrina e da jurisprudência.

É preciso que haja, na deliberação, correta ponderação dos vários interesses em jogo. Quanto à determinação de tratamento ou intervenções cirúrgicas de elevada complexidade, faz-se indispensável demonstração da viabilidade da terapêutica no caso concreto, bem assim se existe ou não terapêutica similar que possua aptidão para tanto, evitando o magistrado, em tais casos, determinar realização de procedimento curativo cuja eficácia ainda não esteja reconhecida. Além do mais, caberá ser analisado se, no caso posto sob apreciação, está em jogo a vida do paciente, para a manutenção da qual se reclama o tratamento.

No particular do fornecimento de medicamentos, cujos montantes de gasto estão num crescente ponderável por força de decisões judiciais, Luís Roberto Barroso<sup>17</sup> fornece, em boa hora, algumas cautelas a serem adotadas, tais como: a) a de limitar-se, no plano das ações individuais, a determinar a dispensação de medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, tendo em vista a presunção de legitimidade que possui a Administração Pública para, a partir de avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos, elaborar tais relações; b) muito embora seja possível a alteração de tais listas no âmbito de ações coletivas, é preciso atentar-se para a não-inclusão de medicamentos de eficácia ainda não comprovada, optando-se por substâncias disponíveis no Brasil, bem como para a escolha de genérico, de menor custo, sem abstrair a consideração de o medicamento ser indispensável à manutenção da vida.

Atento à manifestação do problema na realidade social, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 – CE<sup>18</sup>, propendeu à

<sup>17</sup> Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Revista Interesse Público*, v. 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 54-60.

<sup>18</sup> Pleno, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 29-04-2010. Eis o teor da ementa do julgado: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.



tomada de juízo hermenêutico não vinculado à visualização do mero confronto entre o ato questionado e o dispositivo constitucional que se buscava interpretar, no caso o art. 196 da Lei Básica.

Trata-se de antecipação de tutela deferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a fim de que jovem de 21 anos de idade, portadora de patologia neurodegenerativa rara (NIEMAN – PICK TIPO C), tivesse acesso ao medicamento ZAVESCA, registrado pela ANVISA, mas não fornecido pelo SUS, cujo custo gravitava em torno de R\$ 52.000,00.

Desenvolvendo método interpretativo da Constituição, louvado no conhecimento de informações técnicas sobre o assunto em debate, o relator houve por bem em designar audiência pública com expertos em saúde pública, a partir da qual foi possível a sistematização de conclusões sobre a extensão do art. 196 da Lei Máxima, as quais são capazes de balizar futuras deliberações sobre o assunto.

Com isso, pode-se afirmar: a) vedação a que a Administração Pública forneça fármaco que não possua registro na ANVISA; b) à luz do disposto no art. 196 da Constituição, a obrigação do Estado, por via de regra, limita-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde; c) considerando que a gestão do SUS deve respeitar o princípio do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido por aquele em detrimento da opção escolhida pelo paciente, salvo se comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, não estando obstada a possibilidade do Judiciário em determinar medida diferente a ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove a não eficácia do tratamento fornecido; d) ausência de obrigação do SUS a custear tratamentos experimentais; e) a ausência de protocolo clínico do SUS, com relação ao tratamento de determinada patologia, é capaz de configurar omissão administrativa questionável judicialmente, sendo, no entanto, indispensável instrução processual com ampla produção de provas<sup>19</sup>.

---

Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

<sup>19</sup> A bem sucedida experiência levada a cabo pelo Pretório Excelso fez com que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Recomendação 31, 30-03-2010 (DJe nº 61, de 07-04-2010), com o propósito de subsidiar os magistrados e demais operadores jurídicos, visando assegurar maior eficiência na composição das questões judiciais versando a assistência à saúde. Nessa linha, eis decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª

Duas peculiaridades ainda devem ser enfatizadas. A primeira delas está na universalidade da prestação. A saúde, por intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, constitui direito de todos. Por isso, contempladas com as ações e serviços de saúde são todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, pouco importando, quanto a estas, residirem ou não no território nacional. O essencial, para tanto, é a condição humana, a contar sua aquisição do nascimento com vida.

Outra é a de que, em muitas situações, o direito à tutela da saúde produz o surgimento de deveres jurídicos, a cargo dos sujeitos privados. Com isso, respalda-se a imposição, por lei, de obrigações positivas, como se tem na obrigatoriedade de vacinação, na adoção, pelos empregadores, de cautelas quanto ao respeito à saúde dos seus empregados, por ocasião da prestação dos seus serviços.

Igualmente, há a possibilidade de imposição da obrigação de alguém de se abster da realização de determinadas condutas, servindo-se de exemplo as cada vez mais frequentes proibições legais quanto ao fumo em locais públicos.

#### 4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Ao cabo do exposto, torna-se possível o enunciado das conclusões seguintes:

a) acompanhando a evolução pela qual vem sofrendo o Estado de Direito, cobra atenção a existência de direitos do cidadão de natureza econômica, social e cultural, sobressaindo, dentro desse conjunto, a presença, cada vez mais assídua nos textos magnos, do direito à saúde, tal como, entre nós, sucede mediante os arts. 6º, 196 a 200, todos da Constituição de 1988;

b) muito embora o direito à saúde, como direito social, reclame, para sua implementação, ação gradativa e estrutural dos órgãos estatais, não se deve esquecer que a sua condição de direito fundamental lhe assegura conteúdo mínimo, oponível aos entes e órgãos públicos e particulares;

---

Região no AGTR 102.880 – RN (v.u., rel. Des. Fed. Edílson Nobre, publicada no DJe - DATA: 19/08/2010 - PÁGINA: 711 - ANO: 2010), no sentido de invalidar decisão que deferiu medida de urgência, determinando a aquisição do medicamento TRASTUMUMABE, cujo custo das 46 doses recomendadas alcançava o montante de R\$ 212.232,40. Na ocasião, restou consignado que à autora foi disponibilizado o devido tratamento cirúrgico e de quimioterapia, de modo que o medicamento se destinava a evitar possível recidiva que poderia sobrevir aproximadamente 10 ou 15 anos depois, ou até mesmo não vir a suceder. Ao entendimento do colegiado, o deferimento de utilidade sobremodo onerosa em favor de um só administrado poderia prejudicar o custeio do direito à saúde de vários cidadãos.

c) com derivação de seu conteúdo mínimo, o direito à saúde implica possibilidade de produção de vários efeitos, tais como imunidade ao poder de reforma constitucional, direito de exigência das medidas estatais necessárias à sua concretização, permitindo, nalgumas situações, o controle jurisdicional para a efetivação de políticas públicas deliberadas pelo Constituinte, bem assim a pretensão tendente à sua exigibilidade em casos concretos, sem contar com a imposição de deveres jurídicos;

d) a exemplo dos demais direitos fundamentais, o direito à saúde não ostenta caráter absoluto, sendo possível a sua restrição em face de outros princípios constitucionais, dentre os quais a igualdade, o que se deve aferir, nas situações concretas, através de juízo de ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BALDASSE, Antonio. **Los derechos sociales**. Trad. de Santiago Perea Latore. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 194-195.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, nov./dez. 2007, p. 54-60.

BENDA, Ernest. El Estado social de Derecho. Tradução: Antonio López Pina. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 521.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COURTIS, Christian **Teoría del neoconstitucionalismo** – ensayos escogidos. Madri: Editorial Trotta, 2007.

MIRANDA, Jorge de. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

#### **JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADA:**

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Distrito Federal, rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Brasília, 04.05.2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.024-2, Distrito Federal, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Brasília, 01.12.2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512, Distrito Federal, rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Brasília, 23.06.2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286, Distrito Federal, rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Brasília, 24.11.2000.

---

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Ceará, rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça Eletrônico*, 29.04.2010

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n. 226.835, Distrito Federal, rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Brasília, 10.03.2000.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento n. 102.880, Rio Grande do Norte, rel. Des. Edilson Pereira Nobre Júnior, *Diário da Justiça Eletrônico*, 19.08.2010.