

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À SAÚDE

Luiz CIETTO*

RESUMO

O presente trabalho é uma introdução ao estudo dos direitos humanos e suas relações com os direitos à saúde. É feita uma breve análise do sentido e evolução dos direitos humanos e do sistema de saúde brasileiro em face de nosso ordenamento jurídico. Questiona-se a eficácia da tutela jurisdicional na garantia dos direitos à saúde e registra-se a recente tendência jurisprudencial do STF, do STJ e outros tribunais. Sugere-se que as questões relativas aos direitos à saúde poderão ter soluções mais abrangentes e consentâneas com os direitos humanos, se fundamentadas nos preceitos e princípios constitucionais, ampliados, elaborados e consolidados, preferentemente à legislação ordinária.

INTRODUÇÃO

O estudo racional dos **direitos humanos** enseja a oportunidade de análise profunda da questão e não apenas um tratamento perfunctório em seu plano discursivo. Possibilita cotejar o pensamento dos que julgam mais importante defini-los e fundamentá-los, com a idéia dos que entendem ser fundamental garantir a eficácia de tais direitos.

^(*) Professor Titular da FCM - UNICAMP. Livre-Docente e Doutor pela UFRJ. Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Advogado Militante no Estado de São Paulo.

Por seu turno, o **tema da saúde** continua revestido da mais **alta relevância**, por se tratar de elemento vital a todo ser vivente, subsistindo **inquestionável** a sua **atualidade**, máxime quando estudado sob o **enfoque dos direitos humanos**.

Adotamos integralmente a visão de um ilustre membro do Ministério Público carioca¹ ao afirmar que a delicada questão da saúde, seja como direito individual, seja coletivo, e a celeuma provocada por suas demandas, irresolvidas, ou apenas parcialmente solucionadas, caracteriza de modo marcante o momento social vivido neste vertiginoso processo social de transformação.

O sistema de saúde brasileiro necessita de urgente reformulação. Segundo classificação divulgada pela Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o 125º país do mundo em qualidade de sistema de saúde, atrás de países como o Paraguai, El Salvador ou Butão².

Saúde, tanto pessoal quanto pública, é um dos mais significativos aspectos da cidadania. Daí seu exaustivo tratamento no texto constitucional, contemplado com mais de cinquenta referências.

Embora as questões de tratamento da saúde sejam geralmente do âmbito médico-ético, transcendem tais limites, para alcançar a esfera jurídica, quando se busca proteção mais ampla e completa da pessoa humana.

Portanto, merecem análise especial aspectos como os direitos do paciente, a responsabilidade profissional de toda a equipe de saúde, tanto no campo ético, como na esfera penal e civil, incluindo a questão da reparação dos danos.

Debate-se muito a questão da: “ética nas comunicações”, “ética na política”, “bioética”, sendo freqüentes os “movimentos pela ética” e pelos direitos humanos, em defesa da cidadania.

Por outro lado, é inegável a preocupação atual pela definição do próprio ser humano. Segundo Veloso³, tem crescido de tal forma a inquietude com a pergunta: **Que é o homem?**, que esta passou a ser

(1) SIMÃO, Ronaldo. Temas de saúde em direitos individuais e coletivos : espaços abertos ao Judiciário. ADCOAS 1014568 – Março, 2002. p. 1.

(2) KFOURI Neto, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

(3) VELOSO, Mario. O Homem, Pessoa Vivente. 1. ed. Brasília/DF: Alhambra, [199_]. p. 7.

o ponto central das preocupações teológicas e filosóficas da presente geração. E acrescenta: por esta razão Wolfhart Pannenberg disse que estamos vivendo na “era da antropologia”.

Prosegue este eminente teólogo⁴, para dizer que a antropologia teológica do século XX pode ser dividida em duas partes: clássica e humanista. A antropologia clássica desenvolve-se durante a primeira metade do século e tem como cenário a desumana atitude do homem revelada nas duas grandes guerras mundiais. Na segunda metade do século esta cede lugar à antropologia humanista que exalta a dignidade do homem. Tal atitude aparece na Conferência de Genebra, por ocasião do Concílio Mundial de Igrejas, celebrado sob o tema “Os cristãos na revolução técnica e social de nosso tempo”. Duas palavras se destacam no relatório desta Conferência: humanismo e humanização. Trata-se em verdade de um novo humanismo do século XX, pois, recorda Veloso, a palavra humanismo tem estado presente na teologia cristã desde a Renascença (século XVI): expressava o redescobrimento do humano e os valores culturais do mundo antigo. As duas tendências na antropologia do século XX, a clássica e a humanista têm estado em conflito através de toda a história da teologia cristã, como registra Roger L. Shinn⁵.

A Dignidade Humana

Estudar a questão da saúde em sua íntima relação com os direitos humanos, analisar suas implicações com os direitos e garantias fundamentais e avaliá-la como um direito pode projetar o tema a suas culminâncias.

É inegável que o assunto se avulta quando centramos o enfoque na **dignidade humana**.

Ser humano é a condição única e exclusiva para qualificar-se como sujeito de direitos, segundo o pensamento jusnaturalista.

Obra prima e final da criação, dotado com o sinete da excelência e perfeição, aí está o homem, integrando as maravilhas da natureza. E eis que tudo era muito bom! Diz o Criador.

⁽⁴⁾ Ibid, p.16-17.

⁽⁵⁾ Ibid, p. 17.

Homem: único ser capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.

E por oportuno, há que se afirmar o primado da igualdade. Ninguém é superior aos demais. Embora alguns sejam considerados mais iguais do que seus pares, segundo correntes político-filosóficas extremadas, **todos os seres humanos merecem igual respeito.**

Mas, **que é o homem, afinal?**

Coincidentemente, tanto o notável teólogo **Veloso**, como o brilhante jurista pátrio **Comparato**⁶, iniciando suas respectivas obras, fazem referência à eminente posição do homem na ordem da criação, como descrita de forma cintilante pelo salmista Davi, em seu

Salmo 8: 3-8:

3. Quando olho para o céu, que tu criaste,
e para a lua e as estrelas,
que puseste nos seus lugares –
4. que são os seres humanos para que
penses neles?
Que são as pessoas para que te
preocupes com elas?
5. No entanto fizeste o ser humano inferior
somente a ti mesmo e lhe deste a honra e a
glória de um rei.
6. Tu lhe deste poder sobre todas as coisas que criaste
e o fizeste dominar tudo:
7. as ovelhas e o gado e também os animais selvagens;
8. os pássaros e os peixes
e todos os seres que vivem no mar.

Sendo o homem o ponto central das preocupações teológicas e filosóficas em nossa era da antropologia, impõe-se destacar a **dignidade humana**, como sua característica distintiva e expor os fundamentos desta.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

Já mencionamos os fundamentos religiosos, bíblicos, magistralmente expostos no transcrito Salmo 8, em caráter exemplificativo.

Quanto ao fundamento filosófico, bem nos lembra Comparato que a indagação central de toda a filosofia é bem esta: Que é o homem? E prossegue comentando que a **racionalidade** é atributo exclusivamente humano e revela-se sobretudo no sentido reflexivo, a partir do qual Descartes deu início à filosofia moderna.

Ao analisar os fundamentos científicos, e para os que acolhem a teoria de Charles Darwin, considere-se que “não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas”, como relata Comparato⁷.

Com estas considerações introdutórias, parece-nos oportuno o momento para algumas reflexões sobre a discutida e atual questão dos direitos humanos.

I - SENTIDO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1. CONDIÇÃO VIGENTE

É indiscutível a importância e merecido o destaque que tem sido dado aos estudos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Senão, vejamos.

Para o jusnaturalismo, como já afirmamos acima, ser humano é a condição única e exclusiva para qualificar-se como sujeito de direitos. Relembre-se, outrossim, a relevância do respeito ao primado da igualdade de todos.

Neste contexto, e no cenário subsequente à devastadora segunda guerra mundial, surgem movimentos de reconstrução dos direitos humanos, colocando-os como fundamentos éticos da ordem internacional contemporânea.

⁽⁷⁾ Ibid, p. 4.

2. MARCO INICIAL

2.1 - Evolução histórica

Em lapidar síntese, Comparato⁸ discorre sobre a pessoa humana e seus direitos e a evolução histórica do tema.

Esclarece que “foi durante o período axial da História que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas **foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional** a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que **“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”**”.

E aduz o respeitado jurista: “ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: **a lei escrita**, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”.

Prossegue dizendo que a lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas **foi em Atenas que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política**.

Demonstram estes estudos que a definição boeciana de pessoa foi integralmente adotada por Santo Tomás na *Summa Theologica*. Para ele o homem seria um composto de substância espiritual e corporal.

Segundo conclusão de Comparato⁹, foi **sobre esta concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano**, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. **É essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos**.

⁽⁸⁾ Ibid, p. 12.

⁽⁹⁾ Ibid, p. 19.

2.2 - Registros bíblicos

Ainda sobre o marco inicial, Steiner¹⁰ assevera haver poucas referências em obras consagradas de direito internacional sobre a lenta introdução de normas de proteção à pessoa humana no cenário normativo. Relembra, por exemplo, que “alguns estudiosos encontram em certas disposições do Código de Hamurabi, gravado há mais de três mil anos, afirmativas de autolimitação do poder desse monarca absoluto, e de supremacia das leis sobre tal poder”. Fala, ainda, que encontramos na Bíblia, no Antigo Testamento, o reconhecimento de determinados direitos fundamentais, como o direito de asilo, a solidariedade para com os órfãos e viúvas, a identidade de origem de todos os homens, a fraternidade. Há, igualmente, em diversas religiões e tradições filosóficas dos povos a noção de que os seres humanos são detentores de determinados direitos, completa esta destacada autora, que também comenta outros marcos históricos importantes.

Por seu turno, Regis de Moraes¹¹ cita as autorizadas palavras de Rogério Gesta Leal que afirma: “A lei mosaica, com os Dez Mandamentos, constitui um autêntico código de ética e de comportamento social, cujo cumprimento identifica um conteúdo e uma prática voltada aos direitos humanos mais tarde protegidos. A própria Bíblia tem um conteúdo essencialmente humanista..., que se consolidou no cristianismo”.

2.3 - Ainda os primórdios

Todavia, Steiner se posiciona, ao lado de Robertson e Merrills, ao considerar os tratados bilaterais e plurilaterais de eliminação do tráfico de escravos e de abolição da escravatura como os primeiros textos internacionais de proteção dos direitos humanos¹².

É oportuno lembrar as considerações extensivas de Comparato em seu estudo histórico já citado. A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente neste século. Mas **a concepção**

⁽¹⁰⁾ STEINER, Sylvania Helena de Figueiredo. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25/28.

⁽¹¹⁾ Sociologia jurídica contemporânea. Campinas : Edicamp, 2002. p. 199.

⁽¹²⁾ Ibid p. 28.

kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão; tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. E este filósofo vai além ao afirmar: “se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem”.

Não vemos como discordar da triste constatação de Comparato sobre a criação de um universo concentracionário no século XX, a confirmar a justeza da visão ética kantiana.

Relembre-se o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista, gigantescas máquinas de despersonalização, na adequada qualificação do nosso eminente jurista, demonstrando seu horror.

Referindo-se a Roberto Adorno, afirma Comparato¹³ que não se pode esquecer, por analogia, a transformação das pessoas em coisas, embora de modo menos espetacular, pelo sistema capitalista extremado. E acontecimento trágico, embora às vezes sutil, é “o processo de reificação em que acabou se transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica de propaganda de massa, em mero objeto de direito. A engenharia genética, por sua vez, tornou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem”.

Fala, ainda, nosso insigne jurista aqui citado, sobre a justificativa do reconhecimento dos direitos e liberdades individuais e também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XXVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.4 - Magna Carta da Inglaterra - 1.215

Este documento também é citado como um marco significativo na evolução dos direitos humanos.

⁽¹³⁾ Ibid, p. 23: Cf., sobre o assunto, a tese *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996.

A Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João, conhecido como João Sem-Terra, e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês, é uma declaração de autolimitação do monarca, e foi ratificada, com alterações, por seus sucessores, informa Comparato¹⁴. A declaração régia reconhece que os direitos próprios dos dois estamentos livres - a nobreza e o clero - existiam independentemente do consentimento do monarca. E aí surge o embrião da democracia moderna. Três disposições desta Carta ainda fazem parte da legislação inglesa hoje vigente.

2.5 - Outros importantes marcos

A seguir, Comparato prossegue discorrendo sobre a instituição da Lei de *Habeas Corpus* em 1.679, e sobre a Declaração de Direitos, em 1.689, na Inglaterra.

Significativos pontos da evolução histórica dos direitos humanos apontados por este autorizado autor são: **a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte; as Declarações de Direitos da Revolução Francesa; a Constituição Francesa de 1.848; a Convenção de Genebra de 1.864, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre muitos outros surgidos posteriormente.**

2.6 - Reconstrução dos direitos humanos

Para Piovesan¹⁵ a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, aprovada em 10 de dezembro de 1948, é o **“marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos”**, no período pós-segunda guerra mundial.

Discorre esta eminente jurista sobre a introdução da concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e

⁽¹⁴⁾ Ibid, p. 67.

⁽¹⁵⁾ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos, in GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia, coord. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 18-22.

indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.

Prosseguindo, leciona esta autora, com propriedade, sobre o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se vale da adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.

Esclarece que, no âmbito das Nações Unidas, forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, coexistindo neste os sistemas geral e especial, surgindo, ao depois, o sistema normativo regional de proteção, com vistas à internacionalização dos direitos humanos no plano regional, especialmente na Europa, América, e África.

O principal instrumento do sistema americano é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Os sistemas europeu e africano contam com instrumentos e organismos semelhantes.

É oportuno enfatizar o esclarecimento de Piovesan¹⁶ ao citar o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, ao disciplinar normas de interpretação, estabelece: “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”. Assim, fica consagrado o princípio da prevalência da norma mais benéfica, a saber, a Convenção só deve ser aplicada se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, vedada qualquer aplicação restritiva ao exercício de direitos previstos na ordem jurídica de um Estado-parte ou em tratados internacionais por ele ratificados. “A interpretação a ser adotada no campo dos Direitos Humanos é a axiológica e teleológica, que conduza sempre à prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja a dignidade humana”, justificando-se, inclusive, o monitoramento

⁽¹⁶⁾ Ibid, p. 26

internacional, com mecanismos de responsabilização, completa magistralmente esta respeitável jurista.

Discute-se a respeito da inclusão dos direitos sociais, que compreende o direito à saúde, no âmbito dos direitos humanos, havendo autores que a negam, para afirmar que apenas os direitos de primeira geração aí estão incluídos. A Convenção Americana não os contempla, limitando-se a determinar aos Estados que envidem esforços no sentido de alcançá-los.

Mas, tal abrangência foi ampliada em 1988, quando a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, incluindo os direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em 1999.

2.7 - Consolidando os pensamentos sobre as origens

Ratificamos os registros da evolução histórica aqui consignados pelos autores já mencionados e concordamos com as conclusões de Moraes¹⁷ a seguir sintetizadas.

De fato, os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atual, são resultantes da fusão de várias fontes, “desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Os direitos humanos fundamentais apresentam-se, pois, como elementos indispensáveis a qualquer constituição, que busque consagrar o respeito à dignidade humana, determinar a limitação de poder e garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana, como afirma Moraes. A positivação destes direitos em sede constitucional significa a garantia de livre e completo acesso de todos à Justiça, para exigir a devida tutela

⁽¹⁷⁾ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 19-21.

jurisdicional, e a realização de um verdadeiro Estado de direito democrático.

II - DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

1.1 - Conceito e abrangência

A própria evolução histórica dificulta a formulação de um exato conceito de direitos humanos. Todos concordamos não ser fácil defini-los, confirmando o vetusto aforismo *omnia definitio periculosa est*.

Para alguns autores, direitos humanos e direitos fundamentais não têm o mesmo significado, nem a mesma abrangência. Outros falam em direitos humanos fundamentais.

Daí temos a definição de Moraes¹⁸, concorde integralmente com a definição da UNESCO:

“O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*”.

Amaral¹⁹ declara que “A questão terminológica, em direitos humanos, é tratada com grande percuciência por Peces-Barba e Peres Luño”. E prossegue:

“Demonstram esses autores que com freqüência **faz-se confusão entre as expressões direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais e**

⁽¹⁸⁾ Ibid, p. 39.

⁽¹⁹⁾ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p.88.

direitos fundamentais²⁰, confusão que não é devida apenas a escolas filosóficas, mas também a filiação ideológica”.

Amaral emprega preferencialmente, neste citado trabalho, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. *Direitos humanos* é expressão usada para referir aos **direitos inerentes à dignidade da pessoa humana**, que **independem de positivação**. Já a expressão *Direitos fundamentais* é empregada para referir aos **direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento**.

Contudo, Amaral²¹ cita também o ponto de vista de Ricardo Lobo Torres a respeito destas momentosas expressões, a saber:

“Os direitos fundamentais ou direitos humanos voltam a se acercar da idéia de direito natural e de natureza das coisas, constituindo pedra angular da concepção de Estado Social de Direito. Os direitos da liberdade preexistem à Constituição e ao Estado, posto que radicam na própria natureza humana. Não é o Estado que cria os direitos fundamentais, senão que apenas os

⁽²⁰⁾ *Direitos humanos* é seguramente um dos termos mais usados. Ele é empregado ora em referência “a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna (Peces-Barba Martinez), ora para identificar um sistema de direito positivo. *Direitos naturais* é expressão facilmente associada ao jusnaturalismo e, talvez por isso, em certo desuso. Seu significado está ligado a direitos prévios ao ordenamento positivo, que têm dimensão jurídica e podem ser descobertos racionalmente na natureza humana e que são limites ao direito objetivo e ao poder jurídico.

Direitos públicos subjetivos é expressão cunhada na escola de iuspublicista alemã, de cujas obras destaca-se a de Jellinek: *Direitos públicos subjetivos*. Esse termo estrema os direitos como limites ao poder, excluindo sua aplicação às relações entre particulares e, como bem destaca Peres Luño, é “una categoria histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo econômico-social de nuestro tiempo.”

Liberdades públicas é expressão consagrada na doutrina francesa e tem características positivistas, em contraposição à ambigüidade da expressão *direitos do homem* da declaração de 1789. Todavia, seu significado está ligado aos direitos de primeira geração, aqueles voltados contra o Estado, o que limita bastante seu uso, vez que não há direitos que não reclamem alguma atuação estatal.

Direitos morais é expressão originada da cultura anglo-saxã que vem tendo grande difusão nos meios jurídicos de língua espanhola em função da obra “Ética e Direitos Humanos” do professor Carlos Santiago Nino. É termo profundamente ligado ao jusnaturalismo, embora haja uma diferença de conotação. Os *direitos naturais* defendidos especialmente no passado seriam direitos racionalmente dedutíveis da natureza humana e, como tais, tenderiam a ser universais e atemporais. Já os *direitos morais* costumam estar mais ligados a teorias de justiça procedimental, o que torna possível admiti-los como histórica e geograficamente mutáveis.

Direitos fundamentais é expressão empregada para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade. No Brasil, por exemplo, fala-se em incluir a moradia como direito fundamental.

⁽²¹⁾ *Ibid*, p. 152.

garante, por efeito de sua própria constituição no espaço aberto pela liberdade individual”.

1.2 - Características

Ao confirmar a elevada posição dos (por ele chamados) “**direitos humanos fundamentais**” em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, Moraes²² atribui-lhes as seguintes características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

2 - EVOLUÇÃO DAS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina moderna tem classificado os direitos fundamentais em gerações, de acordo com a ordem histórica cronológica de seu reconhecimento pelas constituições.

Celso de Mello²³ classifica os direitos fundamentais em três gerações, da seguinte forma:

2.1 - Direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade.

2.2 - Direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade.

2.3 - Direitos de terceira geração - materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF - Pleno - MS número

⁽²²⁾ Ibid, p. 41.

⁽²³⁾ In MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2002. p. 44-46.

22164/SP - rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206).

Moraes²⁴ entende que os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*.

Sobre os *direitos fundamentais de segunda geração*, prossegue Moraes, citando Themístocles Brandão Cavalcanti, que esclarece ser do “começo do nosso século” a inclusão desta nova categoria de direitos nas declarações. Explica também que se incluem entre os chamados direitos sociais, os relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice e outros.

Comentando os *direitos de terceira geração*, completa Moraes ao dizer que modernamente esta categoria protege, constitucionalmente, os chamados *direitos de solidariedade* ou *fraternidade*, incluindo o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. Exemplifica a positivação do direito ao meio ambiente sadio e sua defesa, citando o art. 19, parágrafo 8º, da Constituição Política da República do Chile e a Constituição da República da Coreia.

2.4 - Direitos de quarta geração (bioéticos)

Lizt Vieira²⁵ inclui na classificação em apreço uma quarta geração, a dos direitos bioéticos, abrangendo:

2.4.1 - definições quanto à proteção da vida, ante ameaças de intervenções indevidas nas estruturas vitais;

2.4.2 - definições quanto à criação de novas formas de vida por engenharia genética, ou mesmo quanto a modificações transgênicas.

Analisando as gerações de direitos, este autor ainda aponta um grande conflito no mundo contemporâneo.

⁽²⁴⁾ Ibid, p. 45.

⁽²⁵⁾ Cidadania e globalização (1988), in MORAIS, Regis de. Sociologia Jurídica Contemporânea. Campinas, Edicamp, 2002. p. 213-214.

Para ele, a garantia da efetividade da primeira geração de direitos (civis e políticos), bem como da segunda geração (direitos sociais) exige um Estado forte e mais intervencionista. Sem esta mudança, a chamada “economia de mercado” do atual neoliberalismo continuaria fracassando na resolução dos problemas sociais.

Amaral²⁶ recorda que os direitos sociais, via de regra, voltam-se não a uma abstenção do Estado (como nos direitos relacionados ao valor liberdade e classificados como direitos negativos), mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos. E numa síntese da argumentação tradicional sobre a efetividade destes direitos, vale-se da seguinte lição de Norberto BOBBIO:

O reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

Comentando o disposto na Constituição italiana, diz este autor que as normas referentes a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. E a seguir pergunta: que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? Que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente direito?

2.5 - Dimensões dos Direitos Fundamentais

Ainda com relação à classificação dos direitos fundamentais, reportamo-nos à posição de Amaral²⁷, que assevera:

⁽²⁶⁾ Ibid, p. 57-58.

⁽²⁷⁾ Ibid, p. 131.

“Embora seja usual a **classificação em gerações de direitos, a terminologia não é adequada** quer para os direitos fundamentais quer para os direitos humanos”. E prossegue este autor ao dizer: **Mais apropriado é falar em dimensões de direitos fundamentais**, já que a realidade atual das antigas liberdades liberais não é a mesma que existia no século XIX.”.

E completa Amaral, dizendo que mesmo os direitos tidos por negativos comportam reivindicações de prestações estatais positivas, pelo que, mais próprio trabalhar com cada uma dessas pretensões.

Apesar de muitos percalços, ainda nos parece possível constatar significativo avanço e grande desenvolvimento nos direitos humanos e fundamentais, tanto em âmbito local, como regional e internacional. A luta há de ser geral. Ninguém está dispensado deste notável empreendimento da humanidade.

Como afirma Regis de Moraes²⁸, para a construção atual dos direitos do homem importa *o ser humano* todo e todos os seres humanos.

III - DIREITO À SAÚDE

1. Conceito

A Organização Mundial da Saúde - OMS conceitua **saúde** como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Ao que acrescentaríamos ainda o espiritual.

Como se pode observar, é significativamente ampla a abrangência conceitual e consideravelmente profunda sua área de ação.

Este bem, de tão grande importância para a conservação e desenvolvimento da vida humana, seria, em realidade, um direito de todo ser humano? Isto será objeto de nossas considerações e análises neste capítulo.

2. Amplitude do problema

Fala-se muito em crise da saúde pública brasileira. Entretanto, os problemas relacionados à assistência da saúde, compreendendo os aspectos

⁽²⁸⁾ Ibid, p. 214.

de recuperação, promoção, reabilitação e prevenção das doenças, não é apanágio de países sub-desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Trata-se, como veremos, de problema universal.

Há até especialistas na matéria que, sem negar a existência de graves problemas na área, discutem a procedência da aludida crise, quer em seu aspecto semântico ou ainda em seu aspecto técnico, ampliando a análise para incluir seus aspectos políticos.

Outro ponto polêmico diz respeito à indagação: **é a saúde efetivamente um direito, e um instrumento afirmativo da cidadania?**

Como se pode vislumbrar desde logo, trata-se de questão das mais complexas, intrincadas e polêmicas, a desafiar a argúcia e pertinácia de quantos se propõem a estudá-la.

Se analisarmos a cobertura de saúde da população, constataremos que os problemas mais simples de saúde respondem por grande massa de óbitos na infância, sem falarmos nos idosos desvalidos. As doenças degenerativas cada vez mais crescem em importância epidemiológica.

A assistência à saúde é um problema até em países desenvolvidos. Vejamos, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, que gasta 13,6% de seu PIB neste setor, o que alcança US\$ um trilhão de dólares por ano. Este valor de investimento setorial sobrepuja qualquer outro país do mundo, quer em termos relativos, como absolutos. Apesar de tão expressiva alocação orçamentária, 17% da população é desprovida de qualquer tipo de seguro-saúde. Estes são atendidos apenas em serviços de emergência ou clínicas beneficentes. Mesmo os assistidos pelo *Medicaid* ou pelo *Medicare*²⁹ não estão imunes a problemas.

Muito embora haja cobertura sanitária para a grande maioria da população pobre, Amaral³⁰ relata que não se consegue debelar eficientemente a cárie infantil, que em 80% dos casos ocorre num subgrupo que corresponde a 25% do total de 52 milhões de horas de aulas perdidas por ano. E cita a ocorrência de demandas judiciais, requerendo tratamento médico custeado pelo Estado, quando este não é dado satisfatoriamente.

⁽²⁹⁾ Medicaid: seguro-saúde cujo custo é dividido entre os governos federal e estadual, destinado a famílias de baixa renda. Medicare: seguro-saúde público, destinado aos idosos que tenham contribuído por mais de dez anos, deficientes físicos e doentes renais crônicos.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 22-23.

No Brasil, embora tenham diminuído os índices de mortalidade infantil, estes ainda ultrapassam os limites tolerados pela OMS. Também ocorrem endemias e até epidemias, que ceifam milhares de vidas, sendo expressiva a insuficiência da assistência à saúde oferecida pelos serviços públicos. Segundo dados do Ministério da Saúde, uma em cada dez mortes no Brasil ocorre sem assistência médica³¹. E mesmo o sistema privado de assistência, constituído pelos diversos tipos de planos de saúde pagos, é insuficiente, sendo objeto de inúmeras ações judiciais.

3. DIREITO SUBJETIVO E DIREITOS SOCIAIS

É incontestável que a categoria **direito subjetivo** tem sido, de há muito, fundamental na teoria do direito ocidental, sem embargo de análises e críticas doutrinárias.

Igualmente, tem sido outorgada primazia ao direito subjetivo na prática jurídica dos tribunais, pelos operadores e usuários do direito, enfim, por todos os envolvidos com o campo jurídico.

Em todos os questionamentos está sempre presente a idéia de direito subjetivo. Tenho direito de fazer isto? Tenho direito de fazer aquilo?³²

Por outro lado, dispõe o art. 75 do nosso Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Logo, pode-se deduzir logicamente: **direito subjetivo é direito de ação**.

Todavia, vem se consolidando ultimamente uma espécie de “direitos” quase desprovido de tutela. Referimo-nos aos direitos sociais. Segundo o disposto no art. 6º de nossa Constituição Federal (“verbis”):

São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quais as ações que asseguram, garantem e viabilizam os tais “direitos sociais?” A quem corresponde o dever reflexo respectivo?

⁽³¹⁾ Ibid, p. 23-24.

⁽³²⁾ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In FARIA, José Eduardo (organizador). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 113-114.

LOPES³³ pergunta e ele mesmo responde às suas próprias perguntas, num percuciente estudo. Diz tratar-se de análise mais ampla e profunda que a exegese e a filologia jurídicas. Insere-se no campo da teoria geral do direito, pois trata do ordenamento de modo geral e de uma categoria jurídica em si, antes de ser um instituto particular. Alcança as raízes da organização da cidadania. E completa: “Coloca-se também na esfera da Filosofia do Direito, visto que diz respeito à justificação racional da justiça de uma norma e, muito particularmente, à realização da justiça”.

É indiscutível que os direitos sociais constituem tema da mais alta relevância e atualidade para os operadores e usuários do direito. Integram hoje considerável número de ações sub-judice, estão em discussão nos legislativos e na administração pública, sendo objeto de preocupação dos estudiosos do direito.

Deve-se reconhecer, entretanto, que os direitos sociais, mesmo reconhecidos como direitos subjetivos, diferem substancialmente dos direitos individuais, pois sua fruição é distinta.

Não se trata de saber simplesmente se existe uma possibilidade de agir em juízo. Antes, urge reconhecer a necessidade de ação estatal para a completa efetividade dos direitos sociais.

Preliminarmente, é necessário esclarecer se todos os cidadãos têm o direito de exigir, judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos. Em seguida, resta saber se e como o Judiciário poderia determinar a execução de políticas públicas, respeitando a independência e harmonia dos poderes.

A prestação de serviços está diretamente relacionada a planejamento e à disponibilidade de recursos. “Sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado. Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social?” À sua própria indagação, novamente LOPES³⁴ responde: “eventualmente não”. E desta complexa questão voltaremos a tratar mais adiante neste trabalho.

Ante a insuficiência de instituições de saúde, da rede de ensino, de servidores qualificados para a prestação dos serviços, qual a providência cabível? Terão preferência os afortunados detentores de uma liminar ou tutela

⁽³³⁾ Ibid, p. 113-114.

⁽³⁴⁾ Ibid, p. 133-134.

antecipada? E como ficariam os demais, igualmente necessitados e à espera do atendimento?

A viabilidade jurídica desta solução é instigante e altamente discutível, quando somos obrigados a considerar que o serviço público é obrigado a respeitar os princípios da universalidade, impessoalidade, isonomia, subordinando-se, ainda, o atendimento a certas prioridades.

Assim, **surgem grandes dificuldades para defender direitos sociais com instrumentos individuais.**

Ademais, impõe-se considerar o fato de **muitos dos direitos sociais não serem exercíveis exclusivamente contra o Estado**, como muito bem nos lembra LOPES³⁵. E exemplifica: o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, V). Como se observa, o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. E completa este respeitável jurista, afirmando: **“Cada vez mais, os direitos sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capazes de violarem a ordem pública, o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc.”**.

Mencionando a criação de alguns **remédios constitucionais destinados à exigibilidade concreta dos direitos**, poder-se-ia falar do **mandado de injunção**, previsto no art. 5º, inciso LXXI. Este, porém, parece mais indicado para a proteção de direitos negativos (limitação do poder público), do que à defesa ativa e promocional dos direitos sociais. Outro é a iniciativa popular de leis, disciplinado pelo art. 61, parágrafo 2º, embora não incluído no âmbito judicial.

3.1 - Os novos direitos sociais

Os chamados *novos* direitos sociais estão integrados a diversos dispositivos do nosso texto constitucional vigente, e também a anteriores. Constam ainda de diversas constituições contemporâneas. **Diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos** e deles se distinguem, não apenas **por serem coletivos**, mas também **por exigirem remédios distintos**, segundo entende Amaral³⁶.

⁽³⁵⁾ Ibid, p. 131

⁽³⁶⁾ Ibid, p. 59-60.

Assim, os direitos da liberdade (negativos) têm sede constitucional. Já os direitos sociais (positivos) dependeriam de meios materiais, e da mediação legislativa e orçamentária. Esta é a posição da doutrina dominante, muito embora persistam grandes polêmicas quanto à possibilidade de direitos a prestações positivas diretamente da constituição. É o caso do direito americano. Enquanto as constituições de cinquenta estados norte-americanos asseguram prestações positivas, os tribunais estaduais relutam em reconhecer tais normas como geradoras de deveres estatais³⁷. Adiante, discutiremos mais detidamente a posição dos tribunais brasileiros sobre este tema.

De acordo com esta mencionada dicotomia, apresentam-se três grandes correntes, a saber:

3.1.1 - a dos que entendem ser exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais;

3.1.2 - a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos;

3.1.3 - a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, ficando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

4. DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

4.1 - Da Constituição Republicana de 1.889 à atual

Em nosso ordenamento jurídico o ápice do sistema de saúde ascendeu à dignidade constitucional, enquanto coube à legislação ordinária organizar o Sistema Único de Saúde - SUS. Daí encontramos o tema formalmente abordado nas diversas constituições, a começar pela Constituição Republicana de 1.889. Esta atribuía a responsabilidade estatal pelo setor saúde, tendo instituído o Departamento Nacional de Saúde como órgão responsável pela saúde pública.

Já a Constituição Federal de 1.946 instituiu um Sistema Nacional de Saúde, integrado ao Ministério da Saúde. E aos municípios atribuiu a responsabilidade pelo atendimento de urgência.

⁽³⁷⁾ AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 60-61.

A Constituição de 1.988 avança em matéria de políticas de saúde, ao adotar um conceito de seguridade social.

Logo no início, no art. 6º estabelece os direitos sociais, dentre os quais a saúde. No art. 7º dispõe sobre direitos do trabalhador, visando à melhoria de sua condição social, e disciplina a questão salarial, para garantir o atendimento de necessidades básicas, como moradia, educação e **a saúde**, entre outras.

A Carta Magna, no Título VIII (Da Ordem Social) abre o Capítulo II (Da Seguridade Social), dispondo sobre saúde, previdência e assistência social, denotando significativa inspiração no *Welfare State* europeu. A Seção II trata especificamente - Da Saúde.

4.2 - Particularidades da Constituição de 1.988

4.2.1 - Saúde - direito de todos e dever do Estado

O vasto direito constante do título em epígrafe inclui a garantia da redução do risco de doença e de outros agravos. Garante, também, **acesso universal e igualitário** às ações e serviços. E isto não é tudo, pois garante, ainda, além de tratamento curativo, a **promoção, proteção e recuperação da saúde**, bem como ações preventivas e de reabilitação.

Isto é o que reconheceu o constituinte, no **art. 196** da vigente Constituição Federal.

Este amplo e compreensivo conceito estabelece, desde logo, um compromisso com o princípio da universalidade da prestação dos serviços e ações, e mais, sob os auspícios e responsabilidade estatais. No plano discursivo, o Estado assume os riscos em prol da cidadania e do reconhecimento da saúde como direito social. No campo das realidades fáticas, e diante da frieza assustadora do espectro das possibilidades, seria o caso de se indagar: este dispositivo é viável ou constitui mera utopia?

A propósito da **universalidade do atendimento** pelos serviços públicos de saúde, determinado pelo referido dispositivo da Constituição, entendemos oportuno lembrar as judiciosas **palavras do infectologista David Uip**, professor da Faculdade de Medicina da USP e diretor de uma entidade de apoio a aids, reproduzidas por Amaral³⁸:

⁽³⁸⁾ Ibid, p. 36.

“Acho que isso é engano de retórica: não há recursos para atender todos com dignidade. ... o Estado tem de saber até onde pode chegar, e a sociedade vai ter de ... fazer o resto. O modelo está pronto. (...). Se você tira do SUS os 41 milhões de pessoas que têm plano de saúde, o atendimento para quem fica vai melhorar.”

O art. 197 disciplina aspectos de relevância pública para as ações e serviços de saúde, e atribui competência ao Poder Público para legislar sobre sua regulamentação, fiscalização, controle e execução direta, terceirizada, ou exercida por pessoa física ou jurídica de direito privado.

4.2.2 - Garantias dos direitos à saúde

Ao abordar este tópico, aflora desde logo a intrigante pergunta: a solução dos problemas de saúde é uma questão técnica, jurídica ou organizacional?

Vale considerar os esclarecimentos especializados de Elias³⁹, ao ponderar que boa parte das **decisões** cotidianas sobre saúde é de natureza **política** e não técnica, como usualmente pode parecer aos não especialistas.

Explica este autorizado autor: “Mesmo se considerando os intrincados problemas técnicos vigentes no setor, a maior parte dos problemas e desafios a serem enfrentados persistem sendo os políticos”. E completa: **“O processo decisório na gestão da saúde requer decisões de natureza essencialmente políticas, ainda que estribadas nas informações técnicas”**.

É verdade que a questão organizacional é importante. Não se pode pensar em um eficiente sistema de saúde, sem a prévia definição de sua estrutura organizacional, com planos, programas e a indispensável provisão orçamentária.

Para Elias, por exemplo, um dos graves problemas a impedir o pleno desenvolvimento e cumprimento das finalidades do setor saúde é a questão da dualidade do sistema, tendo um setor público e outro privado, com visível hipertrofia deste último.

⁽³⁹⁾ ELIAS, Paulo Eduardo. A saúde como política social no Brasil. In ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos humanos: visões contemporâneas. São Paulo, 2001. p. 135-136.

E mais, entende ser impossível falar-se em saúde como direito num sistema mercantilizado, com forte seletividade econômica. Não adianta conceder-se até status constitucional para a saúde e privá-la dos recursos necessários.

A primeira empresa de medicina de grupo, constituída em 1.957 em São Bernardo do Campo - SP, foi a SAMCIL - Serviço de Assistência Médica ao Comércio e Indústria Limitada. Destinava-se a atender os empregados da nova indústria automobilística Volkswagen do Brasil.

O setor privado cresceu e se fortaleceu sem qualquer controle estatal durante quase meio século. Somente a partir de 1.998 o Governo iniciou a regulamentação do setor privado de saúde.

Portanto, para este autor, o problema básico é estrutural. Julga inconcebível alcançar eficácia e justiça social num sistema dual de saúde, com superdimensionamento e prevalência absoluta do setor privado sobre o setor público.

Numa sociedade com alto grau de desigualdade e exclusão como a nossa, a saúde precisa ser integrada a um programa social global, para ser capaz de atingir seus objetivos. Recuperar a saúde de quem e para que, é a questão fundamental segundo Elias. As políticas de saúde devem ser políticas de Estado, para poder livrar-se das intervenções instáveis, características da alternância do poder.

Numa situação de tantas iniquidades e desrespeito à cidadania, é previsível a eclosão de conflitos e litígios a desafiar a eficácia da tutela jurisdicional e a efetividade do processo.

4.3 - O Sistema Nacional de Saúde vigente

Já ultrapassamos o saudoso tempo do médico de família, um generalista conhecedor de todos os fatores influentes na problemática da saúde, capaz de atender completamente o grupo familiar, de forma simples e econômica. Um profissional que procedia a cuidadosa anamnese, para chegar a um seguro diagnóstico e eficaz terapêutica, mesmo não dispondo dos múltiplos recursos técnicos auxiliares atuais. Época em que os tratamentos se circunscreviam, em geral, a fórmulas, preparadas nas farmácias de manipulação.

O extraordinário desenvolvimento científico, o fascinante avanço tecnológico, as transformações nas estruturas organizacionais, conduziram à necessária divisão do trabalho, atingindo a super-dimensionada especialização profissional moderna. A consequência natural é o agravamento dos custos, que se tornaram insuportáveis, gerando a necessidade de total reformulação do sistema de saúde.

O Direito acompanha essa evolução e organiza instrumentos jurídicos disciplinadores das prestações legais e contratuais exigidas pelo sistema⁴⁰.

4.3.1 - Estrutura organizacional

O **sistema** legal referente à saúde é uma **unidade**, esclarece Beneti⁴¹.

Para alcançar o atendimento universal, segundo o art. 198 foi instituído uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um **sistema único de saúde**, sujeito às diretrizes seguintes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

O financiamento geral do sistema é atribuição comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, nos termos do art. 195.

O parágrafo único do art. 194 atribui competência ao Poder Público, nos termos da lei, para organizar a seguridade social (e, por via de consequência, a instrumentalização do pleno exercício do direito à saúde, como esclarece Ronaldo Simão⁴²), com base nos princípios da universalidade,

⁽⁴⁰⁾ BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e seguros de saúde. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 316.

⁽⁴¹⁾ Loc. cit. Essa unidade é integrada pelo setor público e pelo setor privado: a) no setor público, a Prestação Pública, direito constitucional, que deve ser assegurada a todos no Brasil, realiza-se por intermédio de prestações por serviço social - INSS, sendo destinada a trabalhadores e dependentes, em modalidade semelhante, no Chile, à do FONASA (Fundo Nacional de Assistência à Saúde) oriunda dos planos de cobertura à saúde do Reino Unido; b) no setor privado, instrumentaliza-se pelos contratos de serviços de saúde - planos e seguros de saúde, matéria ora regulada pela Lei 9.656, de 03-06-1998 (Lei de Plano e Seguro-saúde).

⁽⁴²⁾ Opus cit. p. 2-3.

uniformidade, seletividade, irredutibilidade, eqüidade, diversidade, e, finalmente, o caráter democrático do sistema.

4.3.1.1 - O Sistema Público

Num exercício de retrospectiva histórica, Elias⁴³ nos leva a 1.923, para nos mostrar um significativo marco da preocupação do Estado brasileiro nas políticas sociais. Refiro-me à Lei Elói Chaves. São nossos primeiros passos na direção das conquistas consagradas pela Revolução francesa há dois séculos, sintetizados na iniciativa do Senador Elói Chaves, afirma este autor.

Entretanto, com seu agudo poder de análise crítica, levanta uma relevante questão:

Qual a concepção subjacente acerca da saúde? E esclarece: a saúde, em tempo algum foi concebida para abarcar a totalidade da população brasileira. Nunca adotamos a concepção universalista e por isto pagamos o tributo desta cultura na atualidade. E acrescenta, de forma categórica, afirmando que é pouco significativo o fato de a Constituição brasileira vigente declarar a saúde como um direito, quando a política do cotidiano a desqualifica como tal, pois desde a sua gênese, a saúde foi formulada de forma mercantilizada, vinculada ao mundo do trabalho. Lembra Elias que, naquela época já havia países europeus que promoviam a desmercantilização da saúde, e passavam a tratá-la como um benefício social universal.

O sistema público de prestação de serviços de saúde aos trabalhadores do setor privado associa-se ao sistema previdenciário. A contribuição para manutenção do setor envolve a participação de empregadores e empregados, constituindo a seguridade social, hoje centralizada no Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS⁴⁴. Quanto ao atendimento à saúde dos servidores públicos é efetuado através os diversos institutos e convênios mantidos pelo setor público.

⁽⁴³⁾ Ibid, p. 137-139.

⁽⁴⁴⁾ A legislação básica do INSS é a Lei 8.213/91, alterada pelo art. 12 da Lei 9.528/97; Decreto n. 357/91, e Decreto n. 611/92.

4.3.1.2 - O Sistema Privado

O sistema privado de assistência à saúde é facultativo, sob a forma contratual. O contrato particular pode envolver cobertura total ou parcial dos custos dos referidos serviços. Trata-se dos planos de assistência e seguros de saúde⁴⁵, que descreveremos a seguir.

Este setor engloba, além dos chamados planos de saúde, o seguro saúde, as cooperativas de saúde, as entidades de autogestão e empresas e capital estrangeiro. Cuidaremos, ainda, dos órgãos controladores deste sistema.

4.3.1.2.1 - Planos e Seguros de Saúde

A Lei 9.656, de 03-06-1998, ora em vigor, “procurou adequar o sistema aos imperativos constitucionais e, o que é de extrema relevância na matéria, às prescrições de garantia do direito à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11-09-1990)”, ensina Beneti⁴⁶, com exemplar propriedade. Com vistas ao aperfeiçoamento do sistema, foram editadas, a seguir, várias medidas provisórias. As mais importantes Medidas Provisórias, modificadoras da Lei 9.656/98, são as de n. 1.801, de 25-03-1999, e 1.976-21, de 10-12-1999.

⁽⁴⁵⁾ Dispõe a C.F., art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Parágrafo 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativos. Parágrafo 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. Parágrafo 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. Parágrafo 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Os Planos de assistência e seguros de saúde são regulados, atualmente, pela Lei n. 9.656/98, com dispositivos alterados pela Medida Provisória 1.976/-24, de 09-03-2000.

⁽⁴⁶⁾ *Ibid*, p.319. Sobre a aplicabilidade do sistema de proteção ao consumidor de planos e seguros de saúde, ver, por todos, *Luiz Antonio Rizzatto Nunes*: “A Lei 9.656/98 foi elaborada para regular as operações das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de assistência à saúde. É preciso lembrar que tais pessoas jurídicas são típicas prestadoras de serviços, conforme enquadramento do art. 3º, *caput*, c/c com o parágrafo do mesmo artigo do Código de Defesa do Consumidor, e os usuários dos planos e seguros de saúde são considerados, de sua parte, típicos consumidores (art. 2º, *caput*, do CDC)”(Comentários à Lei de Planos e Seguro-Saúde. São Paulo: RT, 1999, p. 13).

Segundo esta legislação, são duas as espécies no sistema: **os planos de assistência e os planos de seguro de saúde**. Os primeiros prestam assistência, enquanto os segundos cobrem os riscos relacionados à saúde.

Pelos planos de assistência as empresas próprias prestam serviço de assistência médico-hospitalar e ambulatorial, e também odontológica, incluindo o fornecimento de medicamentos. Organizam-se através de convênios ou de planos. Os inscritos nos planos pagam uma mensalidade, passando a ter direito aos benefícios após os prazos de carência. Os planos de seguro cobrem os riscos relacionados à saúde.

Há variados planos, com níveis diferenciados de padrão de atendimento e amplitude de cobertura. As empresas atendem os usuários através de rede hospitalar e de serviços diagnósticos próprios ou credenciados. Sem pormenorizar, mencionamos os diversos planos.

A legislação vigente prevê os seguintes modelos possíveis:

a) Plano de referência, ou básico (art.10), sendo este o de maior relevo. Destina-se a tratamento médico-hospitalar, no Brasil, com padrão de enfermaria.

b) Planos especificados ou setorizados (art. 12 e seguintes), que podem ser oferecidos pelas operadoras, além do obrigatório plano referência. As especificidades dizem respeito à composição ou qualidade dos associados: contratação individual ou familiar, contratação coletiva por adesão, além de outras especificações quanto à extensão temporal e quantitativa dos serviços, carências, etc.

SEGUROS DE SAÚDE

Quanto aos contratos de seguro-saúde, estes são realizados por seguradoras e prestadoras de assistência à saúde. Ou, pode-se firmar contratos com seguradoras para reembolso de futuras despesas médicas, com livre escolha dos médicos e hospitais pelo segurado.

4.3.1.2.2 - Cooperativas de saúde e entidades de autogestão

A legislação pertinente em vigor abrange todas as possibilidades de negócios jurídicos do setor relativo à prestação de assistência à saúde.

Portanto, estão incluídas em seu âmbito também as cooperativas e entidades de autogestão ou administração.

O sistema de autogestão é regulamentado pela Lei 9.656/98 e pela Resolução n. 5, do Conselho de Saúde Suplementar, de 3 de novembro de 1.998.

Ele se destina exclusivamente ao atendimento de empregados ativos, inativos, pensionistas, ex-empregados, bem como a seus respectivos familiares, de uma ou mais empresas, ou também a participantes e dependentes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais.

A contratação da rede credenciada de serviços e a administração de sua rede própria é realizada de forma direta. A terceirização é por meio de convênios de reciprocidade com entidades congêneres.

As normas de regulamentação são muitas, procurando prevenir qualquer burla à lei. Estas normas dizem respeito, especialmente, a questões relativas a restrições a doenças e tratamentos, limites de carência, restrições a idade, etc.

Em relação à atuação de **empresas e capital estrangeiro** a legislação concede permissão apenas em associação com empresas nacionais.

O processo de registro dessas empresas é meticuloso, e passa pelo crivo dos Conselhos Regionais de Medicina e/ou Odontologia, além da Agência Nacional de Saúde.

4.3.2 - Órgãos Controladores

4.3.2.1 - Agência Nacional de Saúde - ANS

As operadoras dos planos de saúde são controladas pela **Agência Nacional de Saúde – ANS**, subordinada ao Ministério da Saúde e ao **Conselho Nacional da Saúde Suplementar - Consu**.

A ANS foi criada pela Lei 9.691/2000, e é o órgão normatizador de todas as atividades na área. É o órgão responsável pela aprovação de novos planos, registro de operadoras e análise de novos produtos criados e pelo controle geral.

A aprovação dos reajustes de preços também está sob a responsabilidade da ANS, e limitam-se às empresas previamente autorizadas.

É exatamente contra este órgão controlador que os empresários do setor tecem as maiores críticas. Segundo Beneti⁴⁷, eles entendem que há excesso de regulamentação, além de muitas taxas (verdadeiros impostos), sem a correspondente prestação de serviços, sem desenvolver o mercado ou elevar a qualidade do sistema. Essa pesada carga e a imposição de certas taxas acabaram obrigando estes empresários a ingressar em juízo, com obtenção de liminar, sustentando tais medidas.

4.3.2.2 - Câmara de Saúde Suplementar

Também criada por lei, a Câmara de Saúde Suplementar, a qual tinha, entre outras, competência para expedir normas sobre a atividade geral dos seguros privados de saúde, nos termos do art. 6º da Lei 9.656/98. Isto em acréscimo à sua competência privativa para se pronunciar acerca de matéria de sua audiência obrigatória. Este órgão, porém, foi substituído pelo Consu.

Mas o Consu também não goza de muito prestígio. Beneti⁴⁸ comenta: “além da via legislativa tradicional, acompanhada pelas Medidas Provisórias do Poder Executivo Federal, existem, hoje, mais dois órgãos da administração federal com poderes para remendar o complexo tecido em que se transformou a Lei 9.656/98 em apenas dois anos”.

4.3.3 - Considerações sobre a legislação vigente

Beneti e Beneti Filho⁴⁹, tecendo considerações sobre a legislação atual dos planos de saúde rememoram a origem da Lei 9.656/98. Dizem que a lei teve longa e difícil tramitação, sete anos, num período em que os planos de saúde eram campeões de reclamações nos Procons e outras entidades de defesa do consumidor. Conseqüentemente, a lei se revestiu de caráter extremamente protetivo. Há, entretanto, quem entenda ser de boa qualidade os serviços prestados por tais empresas. Fux⁵⁰, por exemplo, afirma que “os

⁽⁴⁷⁾ Ibid, p. 324.

⁽⁴⁸⁾ Ibid, p. 325.

⁽⁴⁹⁾ Ibid, p. 323.

⁽⁵⁰⁾ FUX, Luiz. Tutela de urgência e plano de saúde. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000. p. 24

denominados “Planos de Seguro Saúde” oferecem aos que a ele aderem excelentes serviços médico-hospitalares, sem o dispêndio imediato de vultosa quantia, compensada pelo pagamento paulatino das mensalidades”.

Esta lei se mostrou muito falha, apesar de sua longa tramitação. Tanto que, no dia seguinte à sua entrada em vigor, o Governo Federal editou a primeira medida provisória, alterando substancialmente suas disposições. Hoje já existem mais de trinta medidas sobrepostas.

Como já foi observado, o princípio da legislação regulamentadora dos planos de saúde surge no espírito protecionista do Código de Defesa do Consumidor, onde se encontra englobado o sistema de saúde, conclui Beneti.

Mas a pacificação da legislação sobre os planos e seguro saúde está na pendência do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5 - A DEFESA DOS DIREITOS À SAÚDE: POSSIBILIDADES, LIMITAÇÕES E TENDÊNCIAS

5.1 - Considerações gerais

Como já analisamos, a questão dos direitos à saúde enseja farta discussão quanto à sua natureza, fundamentos, classificação dos direitos, e outros aspectos, bem como quanto à instrumentalização de sua defesa. Surgem acalorados debates doutrinários e divergências jurisprudenciais, quando se demandam direitos da saúde. Como direitos sociais, a saúde encontra sérias limitações nas lides individuais.

Sendo os recursos disponíveis nesta área sempre escassos ou insuficientes, há que se estabelecer critérios de alocação. Os critérios de alocação são objeto de estudo da justiça distributiva e de seus princípios que, dada as naturais limitações do presente trabalho, não serão aqui abordados, ficando para outra oportunidade.

Todavia, as implicações práticas da questão nos levam a considerar a necessidade de cuidadoso tratamento hermenêutico e judiciosa fundamentação jurídica por parte dos operadores do direito na defesa destes inalienáveis direitos, essencialmente ligados à própria vida, e recomendam também o questionamento do papel do Judiciário. Se tudo se modifica, e

com velocidade sempre ascendente, é difícil que só a justiça deixe de modificar-se. As decisões judiciais devem evoluir constantemente.

5.2 - Eficácia da tutela jurisdicional

Merece consideração a respeitável assertiva do eminente **Ministro Asfor Rocha**⁵¹: *“como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável”*.

Tanto na esfera das reivindicações judiciais em face do Poder Público, quanto nas relações jurídicas no âmbito privado, nota-se significativa evolução no pensamento e atuação do Judiciário em matéria de direitos da saúde.

Com relação aos acalorados debates sobre o caráter programático de normas constitucionais sobre saúde e quanto à possibilidade de tutela de direitos fundamentais originários o Supremo Tribunal Federal tem evoluído em suas decisões. As posições doutrinárias também não são pacíficas. Destas questões nos ocuparemos mais adiante.

Merece nossa atenção a análise do pensamento dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça - STJ, e dos Tribunais dos Estados no que tange à interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos diversos contratos de natureza privada, envolvendo relações de consumo, incluídos os contratos de planos e seguros de saúde.

Considera-se relevante a discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. Avulta a questão da cobertura assegurada aos clientes, especialmente quanto ao aspecto temporal, e no que tange às doenças por ela abrangidas, e ainda sobre as cláusulas abusivas.

Quanto à **limitação temporal** ao direito de usufruir o plano de saúde, informa o referido Ministro do STJ, houve uma inicial divergência entre as Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

⁵¹) ROCHA, Asfor César. Temas de medicina na jurisprudência do STJ. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 371.

Para dirimir a divergência, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afetou à Segunda Seção o julgamento do REsp. n. 251.024/SP, julgamento realizado em 03-04-2000, a pacificar o entendimento no sentido de que, sendo a doença coberta pelo contrato de seguro, não se pode impor limite temporal para o seu tratamento, porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação.

Do v. acórdão restou sumariado (*verbis*):

II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Quanto ao rol das **doenças abrangidas** pelos planos de saúde, sabe-se que as empresas do ramo se utilizam de **cláusulas de exclusão** das chamadas **doenças preexistentes**, ou seja, as que já se manifestavam no beneficiário no momento da contratação, mesmo que de forma modesta ou incipiente.

Contudo, a **abrangência** ou não dessas doenças dependerá da prova de que o mal já afligia o consumidor ao tempo da contratação, bem como de que o mesmo tinha efetivo conhecimento desse fato.

Essa é a linha de decisão no AgRgAg n. 3.727/SP e nos REsp. n. 40.491/RJ e n. 191.241/PR.

No REsp. n. 198.015/GO (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 17.05.1999), decidiu-se que “se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume o risco do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar”.

Resta registrar que em diversos **precedentes** tem sido admitida a **cobertura de Aids por planos de seguro-saúde**, desde que não tenha havido má fé do segurado, bem como restrição à referida síndrome no período da contratação, ou que a empresa não tenha providenciado a feitura de exames prévios.

⁽⁵²⁾ Ibid, p. 3-7.

Por oportuno trazemos à colação pronunciamentos de órgãos do Judiciário ao dirimir conflitos referentes a questões de saúde, conforme relato do ilustre membro do Ministério Público carioca, Ronaldo Simão⁵², ao intervir em ação movida contra o Poder Público. São suas as seguintes narrativas.

“Recentemente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro veio a pronunciar decisão em lide envolvendo o poder público estadual em face de número significativo de pleiteantes, em reivindicação referente a tema de saúde coletiva, de pronunciada atualidade.

Refiro-me à querela em que entidades de defesa e cidadãos portadores do vírus da imunodeficiência humana pretenderam compelir o órgão governamental específico ao fornecimento gratuito e sistemático dos medicamentos desenvolvidos recentemente, e popularizados sob a genérica denominação de coquetéis e que levaram à cronificação da doença, estendendo, a princípio ilimitadamente, a sobrevida dos soropositivos.

A ação, ainda em forma de medida cautelar, foi proposta originariamente frente ao Juízo Fazendário, que, tendo deferido liminarmente a pretensão, obrigou o poder público ao fornecimento dos medicamentos ao universo dos solicitantes.

Esta circunstância levou a Procuradoria do Estado a produzir agravo de instrumento, em que, em face da intervenção obrigatória do Ministério Público, a nós coube formular o parecer cabível, afinal acolhido unanimemente pelo Tribunal”.

Em idêntico sentido, e de forma sensivelmente mais precisa, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, também em ação cautelar promovida contra o estado:

Ação Cautelar. Liminar contra o Estado. Fornecimento de coquetel de medicamentos para tratamento da AIDS. Admissibilidade. Estando presentes as condições especiais do processo cautelar, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, posto que o direito à vida é o maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas dos enfermos, é dever do Estado custeá-la. Inteligência do art. 196 da CR. Liminar mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento 22.239 -5-São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Felipe Ferreira - 18-12-96 - v.u.).

Prosseguindo na análise do tema, Simão acrescenta:

“Os exemplos apresentados parecem eloqüentes de como, através de adequado exercício interpretativo, pode o conflito de interesses em matéria de saúde, quando laborado de forma embasada frente ao Poder Judiciário, produzir deslinde significante de superior exercitação de cidadania.

Até mesmo com repercussão na sociedade como um todo, eis que, nesta específica matéria, lides como as aqui referenciadas, em somatório a outras similares, raras, aliás, findariam por resultar na imediata generalização da prática de distribuição dos produtos em nível nacional, como hoje se vê.

Curiosamente nem por isto o alegado caos financeiro nos orçamentos de saúde que pretensamente resultaria de decisão favorável aos pleitos jamais aconteceu; nada, pelo menos, além da desordem já conhecida de todos...

Trata-se, pois, de uma faceta da complexa questão da garantia de preservação da saúde, individual e pública, cuja solvabilidade vem de ter berço nos órgãos judiciários do país”.

5.2.1 - Abrangência dos litígios sobre saúde

Cada vez se amplia mais o campo de litígios sobre saúde, tanto em relação aos entes públicos, como no que tange ao Plano Privado de Assistência à Saúde. Ações condenatórias, declaratórias e mandamentais são propostas. Vicejam medidas cautelares e pedidos de tutela antecipada. Os direitos tutelados abrangem amplo espectro, versando sobre aspectos contratuais os mais diversos, como prazo e tipo de internação, carência, doenças pré-existentes, publicidade enganosa, responsabilidade civil de profissionais de saúde, solidariedade dos hospitais, e outros.

Os **tribunais têm protegido** inclusive os **danos morais de pacientes e familiares**. Sobre o tema Rizzatto Nunes narra marcantes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵³:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Plano de saúde - Pessoa idosa e seriamente doente - Profundo desgosto diante da ameaça constante de não receber tratamento médico-hospitalar contratado - Verba devida - Valor fixado que não se afigura elevado,

⁽⁵³⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 268-273.

sopesadas a extensão dos danos e a posição sócio-econômica da contratada - Recurso não provido.

O v. acórdão é de 15 de outubro de 1998, sendo Relator o douto Desembargador Ivan Sartori.

Veja-se este outro interessante enfoque do direito à saúde, sutilmente captado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ampliando a abrangência da garantia deste direito.

DANO MORAL - Empresa prestadora de serviços médico-hospitalares - Descrédenciamento de hospital sem prévio aviso - Associado e familiares submetidos à demora vexatória e humilhante em face desse desligamento - Indenização devida - Apelo provido.

(AC 62.883-4 - SP - Aptes.: R.R.G e outros - Apdo.: C.T.) (Voto n. 2.653)

O v. acórdão é de 11 de fevereiro de 1999, sendo relator o douto Desembargador Testa Marchi que, em seu VOTO, faz assertivas de grande significância, dignas de registro, a saber:

3. O não-atendimento da paciente pelo convênio porque a empresa prestadora de serviços médicos não avisou, com antecedência, o associado sobre o descrédenciamento do hospital, o que provocou demora e desconforto à usuária e seus familiares, expondo-os a vexame público, está a exigir a reparação do dano moral sofrido, sabido que este tem também função punitiva para o ofensor.

De fato, só não foram prestados melhores serviços pelo hospital pelo fato de não mais existir o convênio. Se a cliente tivesse sido avisada com antecedência pelo réu, certamente seus familiares procurariam outro estabelecimento em busca de tratamento, sem necessidade de incorrerem nos riscos da demora no atendimento e de se exporem às dificuldades, obstáculos, dissabores e aflição que a situação lhes causou. A dor, o vexame e humilhação, no caso, fugiram à normalidade de uma demora num nosocômio qualquer, não estando fora de órbita a necessidade da reparação porque o réu descuroou do exercício de suas atividades, pois lhe competia avisar, com a antecedência necessária sobre o desligamento daquele hospital, cabendo-lhe indenizar a segurada e seus familiares que se viram impedidos do atendimento com presteza, provocando um desconforto e uma situação que gerou sofrimento, angústia, humilhação e abatimento moral, além de obrigar os autores a

procurarem a Justiça para o ressarcimento dos gastos tidos com o tratamento.

Outrossim, não é exercício regular do direito o encerramento do convênio entre a empresa prestadora de assistência médico-hospitalar e o nosocômio, sem prévio aviso ao associado, fazendo com que este se dirija ao hospital descredenciado quando o caso requeria tratamento de urgência, ofendendo a sua integridade moral como também de seus familiares acompanhantes, atingindo-os internamente no seu sentimento de dignidade, causando-lhes não só constrangimentos ou melindre e, indiscutivelmente, dano moral pelos sentimentos repulsivos que a dispensa unilateral do nosocômio, sem prévio aviso, gerou.

5.3 - Tendências jurisprudenciais do STF e STJ

5.3.1 - O entendimento do STF

Importantes discussões doutrinárias afloram quando em estudo a relevante questão do **direito à saúde**.

Pode-se defender o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador? É plausível a defesa da teoria maximalista ou estamos presos às decisões minimalistas? Que dizer da posição doutrinária da proteção do mínimo existencial?

O Supremo Tribunal Federal - STF tem evoluído no julgamento destas questões em recursos apreciados em 1.999 e 2.000. Proferiu importantes decisões sobre o fornecimento de remédios para aidéticos, ampliando sobremaneira seu posicionamento quanto ao direito em apreço.

Lobo Torres, comentando julgamentos do STF sobre o direito à saúde, produz percuciente estudo, a que denominou “O Supremo Tribunal Federal e as Decisões Minimalistas”.⁵⁴

⁽⁵⁴⁾ TORRES, Ricardo Lobo. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas (comentário à ementa do AGRRE 273.834-4, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. de 02.02.2001, p. 137). In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 388-391.

Informa o jurista que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação gaúcha - Leis n. 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 - que reconheceu o direito dos portadores de AIDS, sem recursos financeiros, à obtenção de medicamentos por parte do Estado.

Esclarece que as decisões do STF deram pela constitucionalidade com o argumento de que as leis ordinárias eram plenamente compatíveis com o art. 196 da Constituição Federal.

No RE 242.859 - RS, sendo relator o Min. Ilmar Galvão, decidiu a 1ª Turma, em 29.06.99, DJ 17.9.99:

“ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93), por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.”

Diz Lobo Torres que as ementas dos acórdãos proferidos no RE (AgRg) 271.286 - RJ (Informativo 210) e no RE 267.612 (decisão de 2.8.2000, DJU de 23.8.2000, informativo 202), em que foi relator o Min. Celso de Mello, reproduzem aproximadamente o mesmo texto.

Segundo suas palavras, “exurgem dos acórdãos referidos algumas conclusões da maior importância para o futuro dos direitos fundamentais no Brasil”.

A **primeira conclusão** diz respeito ao **acatamento ao princípio da “reserva do possível”** ou da “reserva do orçamento”. Ou seja, a proteção estatal se faz baseada em lei estadual, compatível com a Constituição e com a legislação federal para aidéticos (Lei n. 9.313/96), que também prevê medicamento gratuito. Afirma Lobo Torres que o STF não afirmou o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador, como defendia antigamente o professor português J.J. Gomes Canotilho.

A **segunda conclusão** deste jurista consiste em que o fornecimento de medicamento se restringe às pessoas carentes, enquadrando-se, portanto, na **proteção do mínimo existencial** que, como assevera, é região na qual os **direitos sociais**, como o direito à saúde curativa, **se transformam em direitos fundamentais**, ganhando, para alguns, o status de direitos fundamentais sociais.

A seguir, **Lobo Torres** faz acurado **comentário** sobre o **AGRRE 273.834-4, STJ, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. 02.02.2001**.

Reconhece que a conclusão é justa e de grande alcance. Mas critica o STF por estender-se demasiadamente na fundamentação, e declara que esta trouxe desnecessárias dúvidas para a afirmação do direito à saúde no país. Prefere seguir a linha do constitucionalista americano Cass Sunstein, segundo o qual “as decisões dos tribunais constitucionais devem ser minimalistas, isto é, devem se restringir à solução do caso emergente, sem generalizações que lhes vinculem as ulteriores decisões”.

Afirma que o referido acórdão, “preferiu adotar o estilo maximalista, esparramado e bombástico”, ao proclamar de forma retórica e contrastante com o teor e o alcance da decisão que:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSISTENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Após a fiel transcrição supra, comenta Lobo Torres que “a leitura da longa e desnecessária ementa pode conduzir à conclusão de que o direito ao fornecimento de remédios é obrigação do Estado e direito fundamental do contribuinte. É inegável que **as ementas maximalistas deixam sem respostas as principais indagações que se fazem sobre os direitos humanos** e conduzem à banalização de tão importante temática”. E apresenta as indagações seguintes:

a) o direito à saúde, qualificando-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, é protegido em sua extensão máxima em todo o Brasil ou apenas em Estados, como o Rio Grande do Sul, que expediram legislação específica?

b) o direito a medicamentos estende-se, além da AIDS, a outras doenças terminais?

c) o direito a medicamentos e a prestação de medicina curativa restringe-se aos carentes ou beneficiam toda a população?

d) como fazer nas hipóteses de inexistência de verba orçamentária ou de programas específicos, ou de garantias institucionais (hospitais e centros médicos)?

e) em que extensão tem o Estado o dever de prolongar a vida dos doentes terminais, utilizando a tecnologia moderna?

E o eminente jurista conclui seu comentário dizendo que “a questão apresenta intrincados problemas jurídicos e éticos que desaconselham decisões tão genéricas e superficiais como as que o STF vem proferindo”.

5.3.2 - Direito à saúde: norma programática ou direito fundamental originário?

Ainda sobre o mesmo tema, e a mesma decisão do STF, parece-nos oportuno destacar a **posição do magistrado federal e docente de direito Leonardo Tavares⁵⁵**, que declara:

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal fundamenta-se na efetividade da prestação, pelo Estado, do direito social à saúde pública previsto no art. 196 da Constituição da República:

“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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Segundo José Afonso da Silva, citado por Tavares, a saúde é uma espécie de direito da seguridade social, ao lado dos direitos à assistência e previdência social (art. 194 e art. 6º, da CF/88), sendo normatizada por meio de regras de natureza programática ou de baixa densidade.

Para Tavares **“todas as normas constitucionais, mesmo a que fixam programas ou tarefas prestacionais por parte do Estado, possuem caráter de autênticas normas jurídicas**, no sentido de que, na falta de ato legislativo concretizador, se encontrariam aptas a desencadear algum efeito jurídico, seja para colmatar a produção legislativa ou deixar de recepcionar normas infraconstitucionais editadas anteriormente à Carta com ela incompatível, **não parecendo sustentável hodiernamente o fato de que essas normas seriam meras proclamações de cunho ideológico e político”**.

Comentando a supra referida decisão do STF sobre o direito à saúde este jurista esclarece que a decisão em apreço apóia-se não apenas nas disposições do art. 196 da Constituição Federal, mas também na legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, instituidora de programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Assim, entende

⁽⁵⁵⁾ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF) : Comentário à jurisprudência. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 392-401.

que a decisão do Supremo “não enfrentou diretamente o tema da possibilidade de se exigir do Estado determinada prestação do direito à saúde com base exclusivamente na norma constitucional, pois havia legislação ordinária integradora”.

A dificuldade surge, diz Tavares, na efetivação de norma constitucional garantidora de direito fundamental de natureza social e de cunho prestacional carente de complementação legislativa.

Aqui teremos a oportunidade de ampliar nossas considerações sobre os *novos* direitos sociais, iniciadas anteriormente no item 3.1 deste estudo.

Na ausência da integração legislativa, apresentam-se três correntes doutrinárias, buscando solucionar o problema.

A **primeira** delas defende a **máxima efetividade da aplicação direta dos direitos prestacionais positivos sem a necessidade de integração legislativa**. É a **teoria maximalista**, segundo a qual seria possível exigir do Estado as prestações sociais vinculadas à saúde, com fundamento em ilação interpretativa do texto constitucional. No caso, deve-se prover a saúde pública como direito subjetivo individual a ser cobrado do Estado com apoio exclusivo na normatividade do art. 196 da Carta Magna. Segundo Tavares, este é o entendimento de **Luís Roberto Barroso** ao afirmar: **“em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional”**.

Todavia, como se depreende da exposição, esta importante tese desconsidera a limitação real das previsões orçamentárias. Aliás, Tavares afirma que a posição da máxima eficácia não dá elementos suficientes para a solução do conflito e que seus defensores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional.

Uma **segunda** corrente reconhece a existência de limitações na obrigatoriedade das prestações estatais, impostas pela reserva da possibilidade orçamentária, também conhecida como **teoria da reserva do possível**. Em situações de escolhas dramáticas caberia ao Estado demonstrar que tem motivos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas, num processo de inversão do ônus da prova. Ao Judiciário ficaria reservado o julgamento da razoabilidade

e da faticidade dessas razões. A opção política, segundo esta escola, é preferencialmente do legislativo e executivo, cabendo ao judiciário apenas o controle da razoabilidade.

Tavares reconhece a necessidade de uma terceira opção. E argumenta: “a tese da máxima efetividade na concretização de direitos sociais de cunho prestacional, apesar de sedutora, corre o risco de cair no vazio da impossibilidade de aplicação prática”, face às restrições orçamentárias.

Já a imposição fria da teoria do possível pode ser considerada tímida demais, especialmente em casos imprevisíveis ou impossíveis de inclusão em previsões orçamentárias. Não se pode descartar, ainda, o fundamentado argumento de incompetência do Judiciário na escolha de destinação de despesas, diante da discricionariedade do legislador e do executivo nesta matéria. Por outro lado, pode-se considerar de extrema passividade a intervenção do Judiciário apenas para controle da razoabilidade da opção do Legislativo ou Executivo. Isto porque podem surgir situações em que esta tese, embora bem aplicada tecnicamente, pode levar a consequências injustas, lesivas de outros princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana.

Neste quadro descrito, e buscando-se o necessário equilíbrio, parece haver espaço para uma **terceira opção**, que resguarde a exigência judicial de **um mínimo de prestações estatais, capazes de garantir a sobrevivência humana**, respeitada a discricionariedade de opções legislativas e executivas na alocação de recursos.

Considere-se que, estando em jogo a dignidade da pessoa humana, não podem prevalecer as opções dos mandatários do povo, embora legítimas, diante de uma agressão aos princípios permanentes estabelecidos pelo Poder Constituinte, também legitimamente eleito, afirma este mesmo jurista. E pondera não ser o caso de invasão de poderes. Trata-se, isto sim, do **controle de constitucionalidade** e exercício da nobre função de **guarda da constituição** (art. 102, caput, da Constituição da República). Com grande propriedade, Tavares esclarece não haver infração à limitação do exercício das funções do Poder, mas tão somente evita-se que este princípio venha a servir de “escudo formal à preservação dos valores mais caros estabelecidos na Constituição e protegidos por cláusula de imutabilidade - os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Completando seu pensamento, Tavares parte da “visualização de diversas dimensões do conceito de cidadania para chegar ao parâmetro do **mínimo existencial** ou **mínimo social**⁵⁶, aquém do qual a existência humana encontrar-se-ia ameaçada, condição que exige prestações positivas do Estado, a fim de cumprir o fundamento da República relacionado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), valor unificador de todos os direitos fundamentais”.

Tavares cita Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷ que, balizando o mínimo existencial, sustenta: “a existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta... E prossegue: É no direito à saúde ... que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana... **Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham opor** - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - **os habituais argumentos de ausência de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. No caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações materiais** (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), **diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado** (social ou não) **que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça**”.

Considerando o estágio atual da evolução doutrinária, e os precedentes jurisprudenciais, Tavares afirma:

“As prestações relativas à garantia da dignidade da pessoa humana no conceito do mínimo existencial teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais deduzíveis diretamente das normas constitucionais consagradoras”.

⁵⁶ Termo utilizado por John Rawls em *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 370.

⁵⁷ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ed. Livraria do Advogado, 1988, p. 294/299.

Para J.J. Gomes Canotilho, *apud* Tavares⁵⁸, pode-se constatar a existência de direitos originários a prestações quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitucionais desses direitos”.

Se o Estado deixar de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial, caberá a intervenção do Judiciário para determinar seu cumprimento. Do contrário, perecerá a força normativa da Carta Magna, garantidora dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, Tavares recomenda toda prudência na verificação do limite do mínimo existencial, nos casos concretos, a fim de se evitar a invasão da competência legislativa.

5.3.3 - Tutela de direitos fundamentais originários e a separação de poderes

Sobre a momentosa questão da incompetência do Judiciário para decidir sobre direitos individuais à saúde, que envolvam alocação de recursos, matéria de competência do Poder Legislativo e sujeita à discricionariedade do Poder Executivo, façamos algumas reflexões adicionais.

Está assentado que o **princípio da separação de poderes**, como princípio organizatório estrutural, é uma das grandes constantes do Estado Constitucional, segundo ensina o douto constitucionalista Canotilho⁵⁹. Assim, ficam bem estabelecidas as funções dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Mas, observe-se, trata-se de um princípio de **separação e interdependência**. E este “**não é um esquema constitucional rígido, nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal**”, afirma o conceituado jurista citado.

⁽⁵⁸⁾ Ibid, p. 399.

⁽⁵⁹⁾ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra - Portugal : Livraria Almedina. p. 549-553.

Canotilho defende a inexistência de uma separação absoluta, propugnando pela prevalência da teoria do núcleo essencial, com fixação de funções fundamentais (legislativas, administrativas e jurisdicionais), sem qualquer caráter de exclusividade. O que se busca, o fim colimado é a proibição do monismo do poder.

5.3.4 - Posição do STJ sobre direitos fundamentais originários e a saúde

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça ficou firmado o entendimento da possibilidade de ser determinada a prestação do direito à saúde fundada diretamente na norma constitucional.

É o que se deduz da conclusão a que chegou a 1ª Turma do STJ, como transparece na transcrição seguinte da ementa do ROMS n. 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 04/09/2000, p. 00121:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88. ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltado para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no

sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG n. 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp n. 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”(art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Como se pode observar, o tema dos direitos à saúde é muito polêmico, intrigante e assaz desafiador para os operadores e estudiosos do direito, especialmente os interessados em aspectos éticos e sociais de nosso ordenamento jurídico e do processo.

Questões ético-jurídicas emergem de forma abundante, especialmente no contexto do direito internacional dos direitos humanos, a desafiar nossa motivação, criatividade e argúcia na solução destes graves problemas, num desafiador combate ao claro ambiente de exclusão social.

Todavia, analisando nossa legislação, a doutrina e a novel tendência jurisprudencial, podemos vislumbrar sinais de alterações promissoras neste campo.

Por isto, já **podemos concluir** que, apesar da acirrada polêmica sobre a natureza e extensão dos direitos à saúde, **todos têm o direito de exigir, administrativa ou judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos, pois a saúde, além de um direito, é um instrumento afirmativo de cidadania.**

Pelos expressivos exemplos trazidos à colação, também somos autorizados a **concluir** que, **através de adequado exercício integrativo, os interesses em matéria de saúde terão soluções mais abrangentes e consentâneas com os direitos humanos, se formos buscar os fundamentos nos preceitos e princípios constitucionais, preferentemente à legislação ordinária.**

Com efeito, os constituintes tiveram um amplo descortino em suas formulações sobre saúde, tendo haurido princípios de fontes superiores, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que começa a ser reconhecido pelos nossos tribunais.

Todo nosso esforço deverá ser no sentido de consolidar, ampliar e tornar realidade efetiva as conquistas alcançadas em formulações de nossa Carta Magna.

Creemos que podemos finalizar afirmando que, embora sejam elevados os princípios e significativos os direitos relativos à saúde, já integrados em nosso ordenamento jurídico, há um longo caminho a palmilhar, para vencer a distância entre o plano discursivo e a áspera realidade fática.

As conquistas a alcançar certamente estão integradas aos estudos e elaborações doutrinárias e jurisprudenciais. É da mais alta relevância a participação dos operadores e estudiosos do direito, especialmente nos campos do Direito Constitucional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Processual Civil, sempre em busca da viabilização do acesso à Justiça, no seu mais amplo sentido, revelado pela eficácia da tutela jurisdicional e efetividade do processo.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, 2001.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos Humanos: Visões contemporâneas. São Paulo: Método Editoração e Editora Ltda, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e seguros de saúde In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra - Portugal : Livraria Almedina.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

ELIAS, Paulo Eduardo. A saúde como política social no Brasil. In: ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos humanos: visões contemporâneas. São Paulo, 2001.

FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FUX, Luiz. Tutela de urgência e plano de saúde: doutrina, legislação, jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro (Coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

KFOURI Neto, Miguel. Culpa médica e ônus da prova : perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos (Diretores). Vol. 02. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

_____. Arquivos de Direitos Humanos (Diretores). Vol. 03. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Regis de. Sociologia jurídica contemporânea. Campinas: Edicamp, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

ROCHA, Asfor César. Temas de medicina na jurisprudência do STJ. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF): comentário. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de direitos humanos (v.3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas. In MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

VELOSO, Mario. O homem, pessoa vivente. Brasília/DF: Alhambra, [199_].