

Edilson Pereira Nobre Júnior

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS

INCLUI:

- Visão amplificada acerca dos direitos sociais sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e do Direito comparado
- Importante enfoque no Direito à Saúde, especialmente no que toca a sua previsão constitucional

2022

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

“Direi apenas que, mesmo partindo da afirmação de que todos os preceitos incluídos no texto constitucional são proposições vinculativas, hoje não parece duvidar-se de que nem todas são da mesma espécie, categoria, efetividade ou capacidade criadora ou informativa de outras normas” (Manuel García-Pelayo e Alonso¹).

3.1. A SAÚDE E A SUA CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao tratar da saúde, dispondo sobre a sua promoção, o direito mais uma vez recorre à disciplina de fenômenos extraídos da realidade e que evocam a necessidade de uma apreensão de conhecimentos além do jurígeno.

-
1. “Diré solamente, aun partiendo del supuesto de que todos los preceptos incluidos en el texto constitucional son proposiciones igualmente vinculatorias, hoy no parece dudarse de que no todas son de la misma especie, rango, efectividad o capacidad engendradora o acuñadora de otras normas”. Epílogo ao livro de Carl Schmitt (*Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2011, p. 493. Versão para o espanhol por Francisco Ayala).

O conceito de saúde, por sua vez, é largamente referenciado com invocação de seu delineamento pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, a qual dispõe: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”².

O conceito, tal qual muitos do âmbito científico, não escapa de se encontrar envolto em muitas críticas³. Segundo João Loureiro⁴, a saúde é assinalada pela interdependência, a qual pode ser vista sob duas dimensões, precisamente a relativa às ameaças e às lesões ao seu objeto e quanto às medidas positivas destinadas à sua conservação e promoção.

2. Trata-se de documento elaborado em Nova Iorque no dia 22 de julho de 1946, num único exemplar nas línguas chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, cujos originais constam nos arquivos das Nações Unidas. Versão para o português se acha disponível em: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em: 22-01-2020.
3. Notícia João Loureiro (Direito à (proteção da) saúde. *In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário de seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. Volume I, p. 661. Coord.: MIRANDA, Jorge) que se trata de uma fonte de problemas, conduzindo à assacadeira de se tratar de uma falsidade e de que, igualmente, é utópico. Anos antes, Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz (O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, volume 31, ano número 5, outubro de 1997. Disponível em: www.scielo.br) lançaram crítica, principalmente pelo viés objetivo da definição, indagando, ao final, sobre a possibilidade de se dizer que “saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a realidade?”. Idêntica censura é encontrada em Tiago Viana Barra (Breves considerações sobre o Direito à Protecção da Saúde. *O Direito*, ano 144, II, p. 421, 2012), pois, ao postular-se uma noção de saúde que compreende a exigência do bem-estar social, formula-se uma conceituação extremamente ampla, se não impraticável.
4. Direito à (proteção da) saúde. *In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário de seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. Volume I, p. 664-665. Coord.: MIRANDA, Jorge.

Quanto às primeiras, consistentes aos males que afetam o bem saúde, o autor aponta para as ações da própria pessoa, as atuações de terceiros, os riscos coletivos (poluição resultante dos gases dos automóveis e das fábricas) e os perigos resultantes de fatos naturais.

As segundas são as medidas positivas para a sua conservação e promoção, bipartindo-se entre as prestações médicas e medicamentosas, juntamente com outros fatores reputados decisivos, tais como educação, alimentação, habitação etc⁵.

No plano dos ordenamentos internacional e nacionais, a previsão da saúde como um direito do homem parece ter sido contemporânea. Seguindo-se à Constituição da OMS, é de se observar a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (Artigo XXV), a Carta Social Europeia de 1961 (Parte I, nº 11), o Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (Artigo 12), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1999 e, mais recentemente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (Artigo 35º).

A afirmação do Estado social e democrático de Direito, a contar da promulgação de novos textos constitucionais, prestigiou a consagração do direito à saúde nas vigentes Constituições da

5. Em estudo anterior, o autor (*Aegrotationis medicinam ab iure peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. *Cadernos de Bioética*, ano XI, número 25, p. 22-25, abril de 2001), às voltas com a tentativa de compreender o que seja a saúde, mostra-nos as suas faces etimológica e histórica. Remissão em torno do histórico do direito à tutela da saúde é igualmente desenvolvida por Tiago Viana Barra (Breves considerações sobre o Direito à Protecção da Saúde. *O Direito*, ano 144, II, p. 416-419, 2012).

Itália (art. 32), de Portugal (artigo 64º), da Espanha (artigo 43), do Brasil (art. 196), do Chile (artigo 9º), da Colômbia (artigo 49), da República Oriental do Uruguai (artigo 44), da Bulgária (art. 52), da Argentina (artigo 41) e do Peru (artigo 7)⁶.

Interessa-nos, especialmente, uma melhor abordagem descritiva dos modelos lusitano e brasileiro a respeito da previsão da saúde como um direito. A finalidade será ainda mais restritiva, pois versará sobre até que ponto o Estado se encontra obrigado a fornecer destacadamente aos seus cidadãos prestações, as quais, mais uma vez com o propósito de sua delimitação, dirá respeito ao fornecimento de medicamentos, como indicado no introito.

Antes, porém, ainda neste tópico, chama-se atenção para dois pontos. O primeiro deles é o de que a saúde é um bem que ultrapassa – e demasiado – as raia do individual, configurando, numa maior densidade, um bem comum, a ser disciplinado e considerado numa visão socialmente de conjunto⁷.

O reconhecimento de uma vertente coletiva da saúde, preponderante frente a individual, traz consequências. Estas, no pensar de Tomas Briant, Juan Altuna, María Ponsa, Susana Galo, Álvaro Herrero, Martin Langsam, Maximiliano Derecho,

-
6. Por imperativo de simplificação, bem como em face da dimensão exigida para trabalho da espécie, entendemos desnecessária a transcrição dos preceitos dos diplomas internacionais e nacionais, aos quais fizemos referência, reservando a explicitação de seu conteúdo léxico àqueles que forem de uma utilidade específica para o desenvolvimento da exposição. Essa prática, pelas mesmas razões, já se mostrou – e se evidenciará – útil em instantes anteriores e seguintes do texto.
 7. Essa perspectiva é sublimada por Luís Menezes do Vale (A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à protecção à saúde: alguns momentos fundamentais. *Jurisprudência Constitucional*, número 12, p. 13, outubro/dezembro de 2006).

Pedro Kremer e Andrés Glikson⁸, dizem com: a) a forma própria de se raciocinar sobre aquela, quer dizer, afigura-se de interesse saber como se entende e se atende o bem-estar das pessoas na sociedade em seu conjunto; b) a economia, mais precisamente quanto à designação de um valor monetário aos bens e serviços e as margens de lucro permitidas nas respectivas transações; c) a delimitação de critérios decisórios sobre inclusões e exclusões, escalas valorativas, de direitos e de deveres subjetivos, margens de liberdade, responsabilidade, autonomia, níveis de prioridade etc.; d) o cenário político, decorrente do fato de que, em se tratando de opções e decisões sociais, são atendidas pelo Estado com a participação dos cidadãos, dentro de uma rede de interesses e luta de poderes.

O outro – que realço com amparo em João Lobo Antunes – está no que se pode denominar de “nova medicina”, decorrente principalmente do formidável progresso científico e que revolucionou as estruturas daquela seja no que concerne ao seu estudo ou quanto à maneira de seu desempenho profissional⁹.

-
8. Análisis de las implicancias socio-económicas de la utilización de instrumentos judiciales para la prestación de bienes y servicios sanitários. Un estudio de casos. Estudios acerca del derecho de la salud II. Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 313.
 9. Adequadas, eis as palavras do autor: “De facto, o progresso científico e tecnológico, o aumento da longevidade, a fragmentação da prática médica em subespecialidades (fala-se agora, até, das hiperespecialidades como, por exemplo, “cardiologia da transplantação”), a disseminação do conhecimento acessível aos doentes e familiares, o desenvolvimento do chamado complexo médico-industrial, que movimenta capitais astronômicos, transformou radicalmente a medicina como ciência e como ofício” (A nova medicina. In: *Direito da medicina – eventos adversos, responsabilidade, risco*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, p. 13, 2016. Coord.: RUEFF, Maria do Céu).

Em seguida, granjeará atenção o enfoque sobre o trato do direito à saúde pelos sistemas português e brasileiro.

3.2. O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS

Uma preocupação mais intensa em positivizar a tutela da saúde como direito fundamental é recente no direito lusitano. Basta ver que, nas antecedentes constituições, tal sobreveio de uma maneira assaz tímida, conexas aos socorros públicos¹⁰, sem a autonomia merecida, a qual somente sucedeu com a Lei de Revisão Constitucional de 1951 (Lei nº 2.048, de 11 de junho)¹¹.

A disciplina autônoma e substancial adveio com a promulgação da CRP, a qual principiou por separar as balizas do tratamento da saúde daquelas regentes da segurança social e da

10. Basta ver que a Constituição de 1822, no seu Artigo 240º, limitou-se a reportar que as cortes legislativas e o governo deverão ter particular atenção com instituir e conservar, bem assim em aumentar, “das Casas de Misericórdia, e de Hospitais Civis e Militares, especialmente daqueles que são destinados para os soldados e marinheiros inválidos; e bem assim de Rodas de Expostos”, seguindo-se, com o art. 145, §29, da Carta Constitucional de 1826, à menção a que se garantem os socorros públicos, o que foi praticamente repetido no artigo 28º, nº 3, do diploma de 1838. Padrão similar se manteve nos albores republicanos, com a Constituição de 1911 (artigo 3º, nº 29), afirmando o reconhecimento do direito à assistência pública. A Constituição de 1933, em sua redação original, além de especificar, no seu artigo 15º, que as corporações e associações morais e econômicas visarão principalmente a objetivos, dentre os quais, a assistência, a benemerência e a caridade, afirmou no seu art. 40º ser obrigação do Estado a defesa da salubridade da alimentação e da higiene pública.

11. Introduziu no art. 6º um nº 4, dispondo como incumbência do Estado “defender a saúde pública”.

solidariedade (artigo 63º). Fê-lo, apropriadamente, mediante o seu art. 64¹².

A redação do referido preceito, transcrito em nota de rodapé, não coincide com a promulgada originariamente em abril de 1976, desta se mantendo intangível o nº 1 e o nº 3, *caput*, e alínea *a*. O texto do nº 2, *caput*, bem como de sua alínea *a*, é de 1989, sendo a alínea *b* de 1997, substitutiva daquela aprovada em 1989. Volvendo-se ao nº 3, as alíneas *b*, *d* e *e*, são de 1997, enquanto que a sua alínea *c* é de 1989. Antes, em 1982, com a primeira revisão, foram acrescentados a alínea *f* ao nº 3 e o nº 4.

-
12. **Artigo 64º (Saúde)** 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado:a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada. Disponível em: www.parlamento.pt. Acesso em: 25-01-2020.

Diante do texto constitucional, pode-se dizer – como o fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira¹³ – que há de ser examinado sob duas perspectivas, sendo uma delas de cunho negativo, envolvendo o direito de se exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde, enquanto a outra se revela pelo seu conteúdo positivo, dizendo respeito às prestações e medidas estatais, dirigidas à prevenção e ao tratamento das enfermidades¹⁴.

Interessa à abordagem a segunda vertente, a qual parte da caracterização do direito à saúde como um direito social. No entender dos mencionados autores, se, por um lado, do nº 1 do artigo 64º da CRP, é possível se antever uma dimensão subjetiva, de outro, a estrutura textual do preceito, em sua globalidade, positiva um direito que demanda prestações a cargo do Estado, de feição objetivo-programática, impondo tarefas

13. *Constituição da república Portuguesa anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. I, p. 825. Essa consideração já tinha, anteriormente, sido objeto do voto do Conselheiro Vital Moreira, quando do Acórdão 39/84, conforme se pode ver do item 2.2.1 - A natureza do direito à saúde. Explícito a esse respeito é João Loureiro (Direito à (proteção da) saúde. *In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário de seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. Volume I, p.674).

14. Ao discorrer sobre as vertentes que enseja o artigo 64º da CRP, Tiago Viana Barra nos apresenta, salvo melhor compreensão, uma exposição diferente, especialmente por visualizar a de cunho positivo não no sentido do direito a se obter uma prestação estatal, mas sim o de exigir “que o cidadão tenha um comportamento ativo de preservação da saúde, ou seja, o Estado impõe ao cidadão a obrigação de, por força de sua inserção na comunidade, tudo fazer para preservar o bom estado sanitário geral” (Breves considerações sobre o Direito à Protecção da Saúde. *O Direito*, ano 144, II, p. 422, 2012).

aos órgãos públicos, a principiar pela criação e manutenção do Serviço Nacional de Saúde¹⁵.

Essa concepção vem reforçada por Jorge de Miranda e Rui Medeiros¹⁶, para quem, em se estando perante um direito a prestações de natureza social, o seu grau de concretização está sob a reserva do possível, em face da necessidade de recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis, e, de conseguinte, sob a reserva da lei e do princípio democrático.

Fortes na distinção de regime jurídico no âmbito dos direitos fundamentais, ressaltam que não há que se cogitar aqui do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, não se tratando, portanto, de direito direta e imediatamente aplicável, o que reforça a sua dependência da intervenção legislativa¹⁷.

-
15. O Serviço Nacional de Saúde foi instituído pela Lei 56, de 15 de setembro de 1979, tendo o seu estatuto atual sido aprovado pela Lei 11, de 15 de janeiro de 1993. A propósito da estrutura e organização do SNS, explicita Licínio Martins: “Podemos dizer que o conceito de SNS, utilizado na CRP e na Lei de Bases da Saúde tem uma natureza orgânica. A sua definição e delimitação faz-se por referência à integração orgânica das unidades prestadoras de cuidados de saúde no Ministério da Saúde, pois, como se diz no art. 1º do Anexo ao Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro, que aprova o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, este é definido como “*um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde, funcionando sob a superintendência ou a tutela do Ministro da Saúde*” (*Contrato público e organização administrativa*. Estudos de contratação pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Volume I, p. 721-722).
 16. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. Tomo I, p. 653.
 17. O mesmo raciocínio parece ser adotado por Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino (*Constituição da República Portuguesa comentada*. Lisboa; Lex, 2000, p. 173), para quem é questionável a natureza de direito análogo a direito, liberdade e garantia, do direito à proteção da saúde, uma vez tanto o direito de exigir uma abstenção de qualquer ato que a prejudique, ou o dever de cuidar da própria saúde, já integrar o âmbito de tutela de outros direitos

E não se para por aí. Após frisar que, na realização do direito à tutela da saúde, há que se deparar com um conjunto de impossibilidades fáticas e jurídicas condicionantes da sua efetivação, João Loureiro¹⁸ alude, particularmente quanto ao acesso a prestações médicas e medicamentosas, à possibilidade de distinção de acordo com o critério de destinatários, entre situações de exclusão geral, relativa a todos, e limitada a alguns.

Em ambas as situações, sustenta que é preciso se repensar a responsabilidade com gastos em saúde, transferindo o ponto central do discurso da racionalização para o racionamento, de maneira a justificar decisões de não se atribuir certos cuidados a determinadas pessoas, mesmo que possa ser necessário de um ponto de vista puramente médico, as quais hão de ser baseadas em critérios objetivos preestabelecidos mediante as regras da democracia, o que pressupõe a intervenção dos atores políticos, principalmente no âmbito do Legislativo¹⁹.

Acrescenta o autor, aos argumentos já aqui enumerados, o inerente à sustentabilidade do sistema, a se apresentar como

personais, conforme se tem dos arts. 24º (direito à vida), 25º (direito à integridade pessoal) e 26º (outros direitos pessoais), sobressaindo, portanto, a sua feição típica de direito social.

18. (Direito à (proteção da) saúde. *In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário de seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. Volume I, p. 688-690. Coord.: MIRANDA, Jorge.
19. Antes, essa concepção já tinha sido sustentada, ao mencionar o autor (*Aegrotationis medicinam ab iure peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética, ano XI, número 25, p. 37, abril de 2001) que se cuida de direito que, evidentemente, acha-se sob reserva do possível, uma vez se inserir nos quadrantes de um Estado que visa atender a um polígono de interesses e fins, a serem articulados num complicado processo de políticas públicas. Na respectiva nota de rodapé, frisa que tal não condiz com a existência ou não do direito social, mas quanto ao seu grau de efetivação.

princípio constitucionalmente estruturante, principalmente num tempo no qual aumentam os meios de diagnósticos e as formas de tratamento²⁰.

Muito embora centre sua abordagem numa maior latitude, analisando o direito à saúde sob a ótica internacional, Catarina Sampaio Ventura²¹ não destoa das tônicas antes descritas. Expõe que tal direito, em se apresentando, numa primeira linha, como uma pretensão dirigida à realização de ações ou a prestações a cargo do Estado, materializa-se, nas ordens jurídicas internas, principalmente mediante ações político-legislativas, o que não justifica obscurecer as dimensões subjetivas que assegura.

Especificadamente quanto ao grau de implementação para cada um dos Estados, afirma a autora, em mais uma oportunidade, que dependerá das condições em cada um deles preponderantes, considerando-se os recursos disponíveis e a afetação que aos mesmos é conferida no âmbito da gestão pública. É

20. A sustentabilidade, recentemente, vem sendo alçada ao prosclênio constitucional como baliza para a atuação financeira do Estado, tanto que a Lei Constitucional de 20 de abril de 2012, alterando a redação do art. 97 da Constituição italiana, inseriu-lhe novo parágrafo primeiro: “Art. 97. As administrações públicas, em conformidade com o ordenamento da União Europeia, devem assegurar o equilíbrio dos orçamentos e a sustentabilidade da dívida pública” (Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilita’ del debito pubblico”. Disponível em: www.senado.it. Acesso em: 29-01-2020). Discorrendo sobre o tema, Juarez Freitas aponta a sustentabilidade como princípio constitucional-síntese, “pois determina, numa perspectiva tópico-sistemática, a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro” (*Sustentabilidade - direito ao futuro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, 78-79).

21. O direito à saúde internacionalmente conformado: uma perspectiva de direitos humanos. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2, número 4, p. 50, 2005.

o que denomina como disponibilidade, dentre os princípios caracterizadores que arrola²².

No plano da jurisdição constitucional, o critério observado se inclina – e se amolda – ao desenvolvido pela doutrina. Um precedente digno de nota é o Acórdão n° 731/95 do Tribunal Constitucional²³, mediante o qual se rejeitou arguição de inconstitucionalidade, cuja formulação proveio de um grupo de parlamentares do Partido Comunista, de vários preceitos da Lei n° 48, de 24 de agosto de 1990 (Lei de Bases da Saúde), precisamente os constantes das Bases IV, n° 1, XII, n° 1, XXXIII, n° 2, alínea *d*, XXXIV, XXXV, n° 1, XXXVII, n° 1. O voto do relator, acolhido por maioria, ilustra essa compreensão²⁴.

22. *Loc. cit.*, p. 58 e 62. Além de despertar interesse, não se afigura demasiado transcrever passagem da autora quando se refere ao princípio da disponibilidade: “Trata-se de uma característica essencial relativa aos serviços de saúde, significando que os Estados devem assegurar a existência, com notas de disponibilidade e operacionalidade, de uma rede adequada de saúde pública e de cuidados de saúde, cuja natureza concreta depende de factores múltiplos, entre os quais o nível de desenvolvimento do país” (*loc. cit.*, p. 58).

23. Plenário, rel. Conselheiro Alves Correia, julgamento em 14 de dezembro de 1995.

24. Tal resulta quanto à exposição dos fundamentos, especialmente no item 4 (Natureza do direito à protecção à saúde). Referenciando precedentes do Tribunal Constitucional (Acórdãos n° 39/84 e 330/89), nos quais o órgão de jurisdição constitucional afirmou que o direito à tutela da saúde não é um dos direitos, liberdades e garantias, nem direito de natureza análoga, para fins de submissão a um idêntico regime jurídico, acentuou o relator: “É, antes, um *direito social* típico e, enquanto tal, configura-se como um direito a acções ou prestações do Estado, de natureza jurídica (medidas legislativas), de carácter material (bens e serviços) e de índole financeira, necessárias à respectiva satisfação. Assim, ao contrário dos <<direitos, liberdades e garantias>>, cujo âmbito e conteúdo são essencialmente determinados ao nível das opções constitucionais, e, por isso, são directamente aplicáveis, (cfr. O artigo 18º, n° 1, da Constituição), o direito à protecção da saúde, como direito social, está dependente de uma <<interposição legislativa>>, isto é, de uma actividade mediadora e subsequente do legislador,

O cenário não é diverso do prevalecente noutros sistemas europeus, sendo de se invocar o espanhol, diante da proximidade dos termos como é regulado constitucionalmente o direito à saúde pela Constituição de 1978²⁵.

Com relação à eficácia do art. 43 da Constituição espanhola, Salvador del Rey Guanter²⁶, a partir da consideração do âmbito dos direitos nos quais se encontra inserto, não vê um direito subjetivo, tal qual se tem noutros preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais.

Por isso, mesmo sem querer se pronunciar sobre natureza da regra jurídica (se garantia institucional, norma de atuação,

com vista à criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efectivo”.

25. De fato, eis o preceito: “Artigo 43. 1. É reconhecido o direito à proteção da saúde. 2. Compete aos poderes públicos organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários. A lei estabelecerá os direitos e deveres de todos a esse respeito. 3. Os poderes públicos fomentarão a educação física e o desporto. Da mesma forma, facilitarão a adequada utilização das folgas” (Artículo 43 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. Disponível em: www.congreso.es. Acesso em: 31-01-2020).
26. El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano III, número 6, p. 162-164, fevereiro de 1998. A título de reforço argumentativo, menciona o autor (*loc. cit.*, p. 163) que o texto magno cuida de um direito à proteção da saúde, não a um direito à saúde, de maneira que resta fora de configuração do ordenamento jurídico a alteração em si da saúde, com relação à qual, por mais que se estabeleçam meios preventivos e reparadores, não será de possível exclusão. Cuidar-se-ia, se assim fosse, de um direito irrealizável, porquanto os fatores que influem sobre a saúde escapam, em grande parte, ao controle humano.

ou direito a direitos etc.), afirma se cuidar de um princípio que, em carecendo de uma maior objetivação do que outros, consiste num chamado a uma atuação dos poderes públicos para a sua organização e tutela.

Esse aspecto parece repercutir também a nível jurisprudencial, conforme se tem do voto da relatoria na STC 139, de 21 de julho de 2016, ao acolher em pequena fração o recurso de inconstitucionalidade interposto pelo Parlamento de Navarra contra vários dispositivos do *Real Decreto-Ley* 16, de 20 de abril de 2012 (arts. 1.1, 1.2, 2.2, 3 e 5, 12, 13, 14 e disposições adicionais terceira e transitória primeira), o qual instituiu medidas urgentes para garantir a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde, bem como melhorar a qualidade e segurança de suas prestações²⁷.

Os traços característicos dos direitos sociais, os quais são ínsitos ao direito à tutela da saúde, fazem com que a liberda-

27. Do voto da relatora (*ponente*), Magistrada doña Encarnación Roca Trias, colhe-se a seguinte passagem: “Como é evidente, o só fato da mudança de critério do legislador em nada afeta a constitucionalidade da medida, já que a Constituição não prefigurou diretamente um conteúdo prestacional que o legislador deva necessariamente reconhecer a qualquer pessoa, mas sim que o art. 43.2 CE impõe um mandato aos poderes públicos, e, em particular, ao legislador, para estabelecer os direitos derivados do parágrafo 1 desse mesmo preceito. Como já se assinalou, trata-se de um direito de configuração legal e que, portanto, permite ao legislador redefinir os direitos e obrigações dos seus titulares” (Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de esse mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo. Disponível em: www.boe.es. Acesso em: 31-01-2020.

de de conformação do legislador, na sua delineação, embora ampla, não seja absoluta. A teoria dos direitos fundamentais e a constituição dirigente limitam-na.

A exemplo do que mencionamos no último tópico do capítulo antecedente, inclusive com base em julgado do Tribunal Constitucional (Acórdão nº 509/02), o direito à saúde exige que se assegure – haja ou não previsão legislativa – o dever estatal de garantir, concretamente, um conteúdo mínimo.

Significa dizer que a atuação do legislador, nessa seara, pode incidir numa inconstitucionalidade por omissão (CRP, art. 283º) em face da não estruturação de um aparato administrativo cujas prestações garantidas venham a ser tidas por insuficientes.

A relevância desse mínimo é tamanha que, quando desrespeitado, é capaz de respaldar uma dimensão positiva, habilitando a sua exigibilidade por parte dos cidadãos. Nesse diapasão, Jorge de Miranda e Rui Medeiros²⁸ sustentam que, uma vez o Serviço Nacional de Saúde não esteja *de iure* ou de fato em condições de assegurar a prestação de determinados cuidados de saúde básicos, não resta excluída a possibilidade de vir o utente com insuficientes meios económicos reclamar, com apoio na dimensão positiva do direito à vida e à integridade pessoal, a tutela do seu direito fundamental à proteção à saúde mediante uma comparticipação do Estado.

Não se desconhece que a definição de um conteúdo essencial ou mínimo é algo relativo e que envolve uma apreciação

28. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. Tomo I, p. 660.

realista. A nível internacional, Catarina Ventura²⁹ nos mostra que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁰ veio a especificar obrigações, a saber: a) assegurar o direito de acesso aos meios, bens e serviços de saúde numa base não discriminatória, especialmente quanto aos grupos vulneráveis e marginalizados, bem como assegurar a sua distribuição equitativa; b) prover os medicamentos essenciais (*essential drugs*), ou seja, os que satisfazem as necessidades de cuidados de saúde prioritários de uma população, observando-se as diretrizes respectivas a serem definidas pela OMS; c) adotar e implementar uma estratégia nacional e um plano de ação em matéria de saúde pública, apoiados nos dados epidemiológicos e que atendam às necessidades de saúde da população no seu conjunto, os quais devem ser temporariamente revistos e que prevejam métodos de sua avaliação.

Complementando, diz que dito comitê identifica, com fundamento nas obrigações assumidas pelos Estados quando do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como prioritário o atendimento destinado a: a) assegurar cuidados de saúde reprodutiva, materna (pré e pós-natal) e infantil; b) providenciar a imunização contra as principais doenças infecciosas que venham afetar a população; b) adotar medidas para prevenir, tratar e controlar doenças epidêmicas e endêmicas; c) prover educação e acesso à informação sobre os principais problemas de saúde que atinjam a população; d)

29. O direito à saúde internacionalmente conformado: uma perspectiva de direitos humanos. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2, número 4, p. 66-67, 2005.

30. Conforme aponta a autora, tais deveres se encontram especificados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, através da Observação Geral nº 14, §§ 43 e 44.

garantir instrução adequada para o pessoal de saúde, incluindo educação sobre saúde e direitos humanos.

Já é possível perceber, por força do até aqui exposto, que o dever constitucional do Estado português com a tutela da saúde é de ser satisfeito, principalmente, com a instituição e estruturação do Serviço Nacional de Saúde, o que foi implementado por meio da edição de vários diplomas legais, a saber: a) Lei nº 56, de 15 de setembro de 1979, a qual criou o mencionado serviço; b) Lei nº 48, de 24 de agosto de 1990, instituindo as bases da saúde; c) Decreto-lei nº 11, de 15 de janeiro de 1993, dispondo sobre o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

No entanto, a CRP estabelece que as normas legais estruturantes daquele satisfaçam algumas balizas (*guidelines*), quais sejam a universalidade, a generalidade, a gratuidade tendencial e a descentralização, sendo as três primeiras de interesse para nossa abordagem.

A universalidade, conferindo a todos o direito de usufruir das prestações do Serviço Nacional de Saúde, incluindo-se não somente os cidadãos portugueses, mas também os estrangeiros residentes, sem que se possa afastar a imposição de restrições legais e proporcionadas.

A matéria é objeto de tratamento pela Lei nº 48/90, em cuja Base XXV é definido o universo dos beneficiários, estipulando-se, quanto aos estrangeiros, que se encontram abrangidos os nacionais dos Estados membros da Comunidade Europeia, nos termos das normas comunitárias aplicáveis (nº 2), os estrangeiros residentes, observadas as condições de reciprocidade, e os apátridas residentes (nº 3).

Quanto aos estrangeiros e apátridas não residentes, o Despacho 25.360, de 16 de novembro 2001, nos termos dos seus

itens 4 e 5, assegurou o acesso aos serviços e estabelecimentos do SNS, desde que comprovado por documento emitido pelas juntas de freguesia de que se encontram em Portugal há mais de noventa dias, podendo ser cobradas as despesas efetuadas, excetuando-se: a) a prestação de cuidados de saúde capazes de pôr em risco a saúde pública; b) a hipótese da situação econômica ou social assim o recomendar.

Em seguida, vem a generalidade, visualizada como o dever do SNS em abranger todos os serviços públicos de saúde e todos os domínios e prestações³¹. Quanto aos cuidados de saúde a serem atendidos, sua mensuração há de ser da alçada do legislador, observada a garantia do mínimo.

Por isso, Gomes Canotilho e Vital Moreira³², salientam que a generalidade não obsta a que a liberdade de conformação do legislador não possa optar por soluções seletivas, contanto que as escolhas legislativas atendam às necessidades básicas em matéria de proteção à saúde e não se mostrem discriminatórias.

À derradeira, vem o ser tendencialmente gratuito, redação que se acha no sentido de facultar ao legislador impor aos usuários dos serviços prestados pelo SNS o respectivo pagamento, desde que se possa cogitar de capacidade financeira para tanto³³.

31. Nesse sentido, ver Luís Meneses do Vale (*Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Dissertação de Mestrado), 2007. Volume I, p. 196).

32. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. I, p. 655.

33. Essa particularidade faz recordar Peces-Barba (Los derechos económicos sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano III, número 6, p. 33-34, fevereiro de 1998), ao

Tal suficiência de recursos, por sua vez, há de ser considerada não de forma predefinida, devendo, antes, ser vista de forma relativa, guardando vinculação ao exame do caso concreto.

De acordo com o assentado, em mais de uma oportunidade, no voto do Conselheiro Alves Correia, quando do julgamento do Acórdão 731/95 (itens 5.1 e 6.2), ao rememorar a polêmica em torno da cobrança de taxas moderadoras, objeto de análise no Acórdão 330/88, o conceito de gratuidade tendencial implica a liberdade do legislador para o seu preenchimento, desde que não subverta o conteúdo mínimo da gratuidade.

Sendo assim, resta vedada a exigência de taxas cujo montante seja demasiadamente elevado e excessivo, ou porque na sua fixação não se observou as particularidades de algumas situações, tais como carências econômicas ou de outras, de modo a representar impedimento ou restrição excessiva ao SNS em desfavor de certos cidadãos ou grupos destes.

3.3. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA VIGENTE

Não obstante sua indiscutível relevância, a explicitação da saúde como direito fundamental foi inovação do constituinte de 1988. Porventura o sentimento constitucional prevalecente em nossa sociedade ao instante das constituições anteriores ter contribuído para tanto.

mencionar, como característica, que, no particular da proteção mínima, todos estão abrangidos, mas que, fora dessa hipótese, a tutela estatal, em regra, há de ser dispensada àqueles que não possuem meios econômicos para tanto. Salienta, fazendo referências à educação e à saúde, que a generalização de sua tutela estatal mediante a gratuidade é capaz de desvirtuar a finalidade de tais direitos, no que concerne a acolher justamente aqueles que têm meios para satisfazer tais necessidades.