

## O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade

Alexandre Gonçalves Lippel\*

### 1. Caracterização do direito à saúde

O direito à saúde emerge no constitucionalismo contemporâneo inserido na categoria dos direitos sociais.

Com efeito, no primeiro século do constitucionalismo moderno, inaugurado pela Constituição Americana de 1787 e pela Constituição Francesa de 1791, os direitos fundamentais eram compostos pelos chamados direitos individuais, inspirados pelo liberalismo e voltados à garantia da autonomia pessoal dos cidadãos. Tais direitos visavam à proteção dos indivíduos contra o próprio Estado, que ficava obrigado a abster-se de interferir na esfera privada.

A partir do século XX, o rol dos direitos fundamentais passou a incluir os direitos sociais, de inspiração socialista, voltados para a dimensão social do ser humano, implicando ações do Estado destinadas à garantia de condições materiais de vida para todos os cidadãos. Ao contrário dos direitos individuais, que constituem direitos a abstenções do Estado, os direitos sociais são direitos a prestações do Estado, impondo a realização de políticas públicas, ou seja, de um conjunto sistematizado de programas de ação governamental.

A Constituição de 1988 incorpora claramente esse caráter do direito à saúde ao estabelecer, em seu art. 196, que ele será “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Portanto, o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 como direito público subjetivo a prestações estatais, ao qual corresponde o dever dos Poderes Públicos desenvolverem as políticas que venham garantir esse direito. Tal forma de constitucionalização é o ponto de partida para análise da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde.

### 2. A constitucionalização do direito à saúde

A constitucionalização do direito à saúde na atual Carta Magna possui duas características principais: o seu reconhecimento como direito fundamental e a definição dos princípios que regem a política pública de saúde.

A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II ('Dos Direitos Fundamentais') da Constituição de 1988. Além disso, o caput do art. 196, já referido, define a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Outrossim, a leitura combinada dos arts. 194, 196 e 198 da Constituição permite a definição dos seguintes princípios informadores da política pública de saúde:

a) universalidade (art. 194, I; art. 196, caput): como direito de todos, a saúde não requer nenhum requisito para sua fruição, devendo ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde;

b) caráter democrático e descentralizado da administração, com participação da comunidade (art. 194, VII; art. 198, I e III): traduz-se em distribuição de responsabilidades pelas ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da noção de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maiores as chances de acerto. Tal diretriz tem orientado a regulamentação do sistema de saúde, pautada pela maior responsabilidade dos municípios na implementação das ações de saúde, a chamada 'municipalização da saúde'.

c) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II): a integralidade do atendimento significa que o sistema de saúde deve garantir acesso a ações de promoção, que buscam eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, envolvendo também as ações em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação etc.; de proteção, que visam à prevenção de riscos e exposições a doenças, incluindo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária; de recuperação, ou seja, atendimento médico, tratamento e reabilitação para doentes;

d) regionalização e hierarquização (art. 198, caput): este princípio busca permitir um conhecimento maior, por parte da rede de serviços do sistema, dos problemas de saúde da população de uma área delimitada, favorecendo medidas de vigilância epidemiológica, sanitária, educação em saúde, e ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade, viabilizando a distribuição espacial dos serviços e sua organização com suporte técnico e de recursos humanos.

Essa forma de constitucionalização do direito à saúde acarretou várias conseqüências jurídicas.

Deveras, com a definição da saúde como direito fundamental, abriu-se o caminho para que todos os cidadãos brasileiros dela possam usufruir, tendo em vista que a saúde passou a constituir um direito público subjetivo, garantido pela existência do Sistema Único de Saúde (SUS).

Outrossim, os direitos fundamentais não possuem apenas dimensão subjetiva, atribuindo direitos aos cidadãos, mas também uma dimensão objetiva, na qual se estabelecem os valores ou bens jurídicos que devem ser objeto de proteção pelo Estado e pela sociedade. Portanto, mesmo quando não haja violação direta do direito subjetivo à saúde, os operadores jurídicos devem verificar se o bem jurídico saúde está sendo afetado por ações ou omissões dos poderes públicos, o que justifica o controle judicial

da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo contrário ao direito à saúde.

Ademais, embora os direitos fundamentais tenham sido originariamente concebidos como oponíveis ao Estado, deve-se admitir que eles também incidem nas relações jurídicas entre particulares. No campo do direito à saúde, esta noção impõe aos poderes públicos a obrigação de proteger a saúde no âmbito das relações privadas, devendo o legislador estabelecer leis adequadas a essa proteção e os tribunais interpretar as normas privadas em conformidade com a Constituição.

Importante referir, ainda, que o direito à saúde, além de fundamental, é condicionante da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

### 3. Efetivação do direito à saúde

Como os demais direitos a prestações positivas por parte do Estado, o direito à saúde coloca problemas particulares para sua efetivação.

Algumas dimensões de sua aplicabilidade e eficácia comportam poucas polêmicas.

Assim, uma primeira dimensão da eficácia das normas constitucionais referentes à saúde consiste na vinculação do legislador à elaboração de leis necessárias para a regulamentação da matéria. O legislador não dispõe de discricionariedade quanto ao exercício desta competência e, nesta tarefa concretizadora, deve observar os princípios elencados na própria Constituição.

Aqui, cabe referir que não houve omissão legislativa, dada a vigência da Lei nº 8.080/90, que materializou os princípios constitucionais informadores do direito à saúde.

De modo semelhante, o direito à saúde também vincula os demais Poderes, os quais, no desempenho de suas funções, devem respeitá-lo e promovê-lo, sendo-lhes vedadas ações que o contrariem.

Neste diapasão, o direito à saúde deve ser empregado como o critério norteador de um juízo de ponderação de bens e interesses para se aferir a constitucionalidade e legalidade da restrição de outros preceitos constitucionais ou infraconstitucionais, como a livre iniciativa e outros direitos de cunho econômico.

Essas dimensões de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais referentes à saúde demonstram a importância de sua constitucionalização e eliminam a possibilidade que essas normas sejam consideradas meros programas políticos, a cujo cumprimento não estão vinculados os poderes públicos.

Contudo, é necessário examinar-se a aplicabilidade imediata do direito à saúde, ou seja, se as normas que conferem o direito subjetivo à saúde são auto-aplicáveis, podendo ser exigida sua aplicação, inclusive judicialmente, com base apenas no texto constitucional, ou se, ao contrário, tais normas só permitem a exigência de determinadas prestações do Estado após sua regulamentação pelo legislador.

O direito à saúde encontra-se na base do princípio da dignidade da pessoa humana, figura entre os direitos fundamentais e está positivado como direito público subjetivo, subsumindo-se no preceito do art. 5º, § 1º, da Constituição, o qual estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”

No entanto, argumentos de relevo opõem-se à sua aplicabilidade imediata.

Aponta-se que a competência para desenvolver as políticas públicas necessárias para a garantia desse direito cabe ao Poder Legislativo, por elaboração de leis, inclusive orçamentárias, e ao Poder Executivo, através da definição de prioridades e escolha dos meios para sua realização. Assim, os direitos a prestações somente poderiam ser exigidos por seus titulares quando o legislador houvesse formulado a lei que permitisse determinar o conteúdo dessas prestações e destinasse os recursos para seu atendimento.

Outrossim, o atendimento dos direitos sociais implica custo para o Estado, desprovido amiúde dos meios financeiros necessários. A realização desses direitos estaria sujeita à ‘reserva do possível’, o que reforça o papel do legislador e do executor na definição de prioridades diante de recursos escassos.

Sem negar a autoridade desses argumentos, cabe não tomá-los de modo absoluto, sob pena de se reduzir a eficácia do direito constitucional à saúde.

Torna-se necessária a realização de um juízo de ponderação em que se identifique as situações nas quais o direito à saúde deve prevalecer sobre a distribuição de competências entre o Judiciário e os demais Poderes. Em situações nas quais a intervenção judicial é a única via para garantir-se o mínimo necessário para a vida digna, justifica-se impor ao Estado o cumprimento de suas obrigações constitucionais referentes aos direitos sociais.

Para tanto, é imperiosa a mudança de parâmetros e, sobretudo, de mentalidade, por parte dos operadores jurídicos, de forma a se engendrar uma nova compreensão da teoria da separação dos Poderes, ampliando-se as possibilidades de controle judicial da discricionariedade administrativa para abranger também o controle sobre políticas e orçamentos públicos.

Com efeito, a concretização dos preceitos constitucionais relativos à saúde depende da criação e execução dos programas necessários para a realização dos imperativos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, ou no mau gerenciamento destes, ou, o que é pior, na inexecução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

No entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelos outros Poderes pode e deve ser controlada pelo Judiciário. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, ou onde direitos sociais são negligenciados por incompetência administrativa, cabe ao Poder Judiciário tomar uma

atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos.

O que não se pode admitir é que o direito à saúde, direito fundamental social, torne-se, pela inércia do legislador, pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, ou pela incompetência gerencial dos agentes públicos, pretensão perenemente irrealizada no tocante à efetividade almejada pela Carta Magna.

\*Juiz Federal

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade.** Disponível em <  
<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/>>. Acesso em 07 de dezembro de 2006.