

5. OS DIREITOS HUMANOS E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Dani Rudnicki¹

Mônica Acevedo Henz²

A saúde é reconhecida como um direito fundamental inerente a todo ser humano. Durante muito tempo, confundiu-se saúde com doença, sendo a saúde considerada como a busca da cura de enfermidades. Porém, a partir da constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, essa compreensão foi alterada, passando-se a declarar a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, ideia diversa da ausência de enfermidade, antes

¹ Advogado e doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor de Direito Penal na graduação e no mestrado do Centro Universitário Ritter dos Reis. Conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos do Rio Grande do Sul e do Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul.

² Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Pesquisadora no Grupo de Sociologia Judiciária Clínica de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, a Justiça e o Poder Judiciário (CNPq). Serventuária do Judiciário Federal, lotada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

dominante. Percebemos que esse conceito inicial de saúde nasce da antítese da ausência de doenças e, modernamente, entende-se como indivíduo saudável aquele que está em harmonia consigo mesmo, com o meio e com os demais que o cercam. Mesmo considerando se tratar de utopia (é impossível haver um ser humano em “completo bem-estar físico, mental e social”), essa concepção firma-se como perspectiva para pensar o bem-estar do indivíduo e a obrigação do Estado para com os cidadãos.

O ordenamento brasileiro contempla o direito à saúde no artigo 6º da Constituição Federal (CF) de 1988. No seu artigo 196, a saúde aparece como um direito social definido como “(...) direito de todos e dever do Estado, 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”. A CF ainda prega, no artigo 23, inciso II, que o cuidado da saúde se caracteriza por ser competência comum entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Para compreender a sua efetivação no âmbito jurídico, buscamos apresentar a visão de três tribunais. Escolhemos o Supremo Tribunal Federal (STF), por este ser o intérprete oficial da Constituição, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4ªR), por se localizarem na Região Sul do país.

Vale ainda destacar que conceituamos o Direito Sanitário, por vezes chamado de Direito da Saúde, como um universo de normas reguladoras da atividade do poder público que visam à proteção e à promoção da saúde junto à população, bem como à fiscalização do funcionamento dos diferentes serviços responsáveis por assegurar a viabilidade desse direito. Assim, o Direito Sanitário, outrora compreendido como um simples capítulo do Direito Administrativo, está presente em diferentes áreas de aplicação do Direito, especial-

mente no que concerne à atuação do poder público na tutela coletiva do gerenciamento da saúde da população. Diante disso, ainda que se considere o Direito Sanitário apenas como um dos segmentos que integram a análise do Direito Administrativo, é inegável que o cumprimento da viabilização do acesso ao direito à saúde está entre as principais prioridades da atividade estatal junto à sociedade.

CONCEITUANDO OS DIREITOS HUMANOS

Para compreendermos o direito à saúde como direito humano, antes de falarmos sobre a situação no Brasil, devemos saber que, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclama, com clareza, a primazia do ser humano, com sua dignidade intrínseca, seus valores fundamentais, bem como com suas dimensões espiritual e material. Essa declaração surge como substituta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ela agrega aos direitos individuais, civis e políticos (garantia da integridade física, liberdade de locomoção e de culto, entre outros) protegidos naquela, os sociais (direito à educação, ao trabalho, etc.). Dentre estes, situa-se o direito à saúde.

Convém salientar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresenta os chamados direitos humanos de primeira geração, aqueles que, além de estarem ligados ao valor relativo à liberdade, exigem uma abstenção do Estado. Já os direitos agregados na Declaração Universal, chamados de segunda geração, por estarem vinculados ao valor da igualdade, caracterizam-se como de titularidade coletiva e demandam uma atuação efetiva do Estado para a sua satisfação.

De acordo com Bobbio (2004, p. 15), quando os direitos humanos eram considerados direitos naturais (oriundos da vontade de

Deus ou da razão), a única defesa possível contra a sua violação era o uso de um direito igualmente natural, configurado no enfrentamento que evoluiu até o direito de se promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

Bobbio (2004) também aponta a inutilidade de se resgatar uma razão absoluta para os direitos do homem, pois, ainda que isso fosse possível, não configuraria uma garantia de reconhecimento e de realização desses direitos, uma vez que o desenvolvimento integral dos direitos de liberdade impede o desenvolvimento dos direitos sociais. Nesse sentido, questiona a viabilidade de uma única inspiração para direitos antinômicos. Ele lembra, contudo, que o fato de inexistir esse fundamento absoluto não constitui um fator impeditivo para o respeito aos direitos humanos, pois o diferencial reside na sua proteção. O autor assevera ainda existir um consenso acerca da legitimidade do sistema de valores na forma elencada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e que nesse aspecto se alicerça a sua universalidade. Hoje, quando incorporados nas constituições nacionais, esses direitos se transformam em direitos passíveis de promoção mediante o uso de ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

A partir da Declaração de 1948, segundo Bobbio (2004, p. 32), os direitos do homem passaram a ser, concomitantemente, universais e positivos: universais, diante de seu alcance junto à humanidade, e positivos, na medida em que devem ser protegidos de fato. Bobbio (2004) indaga, por fim, acerca da opção de que dispõem os cidadãos em um Estado em que não sejam reconhecidos os direitos do homem como direitos dignos de proteção. Resta, nesse caso, apenas o direito de resistência e a proteção desse direito por parte da comunidade internacional.

SAÚDE NOS TRIBUNAIS

A jurisprudência tem analisado a saúde como um direito público subjetivo caracterizado por uma prerrogativa jurídica indisponível, ou seja, os Entes Públicos deverão garantir, em sua plenitude, o direito à saúde destinado à generalidade das pessoas em razão do elencado no artigo 196 da CF. Dessa forma, a saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado pelo Poder Público, que resguarda a sua efetividade implementando, para tanto, políticas socioeconômicas destinadas a garantir o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no RE 267612 RS declara:

(...) O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (BRASIL, 2000).

Convém registrar que a efetividade da fruição de um direito é tão fundamental quanto a sua declaração constitucional. Essa realidade se evidencia, em particular, no enfrentamento de casos em que, diante da irreversibilidade dos efeitos gerados por diferentes patologias, se impede que os pacientes destituídos de qualquer capacidade financeira recebam o tratamento a que têm direito para a preservação da vida. Em relação a esta questão, o STF – ainda nos termos da decisão acima – teve a seguinte compreensão:

PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF) [...] Trata-se de recurso extraordinário, que, in-

terposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, busca reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local (fls. 233/242), consubstanciada em acórdão que reconheceu incumbir, a essa unidade federada, com fundamento no art. 196 da Constituição da República, a obrigação de fornecer, gratuitamente, aos ora recorridos, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, eis que se cuida de pacientes destituídos de recursos financeiros e portadores do vírus HIV. Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. [...] Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas-preventivas e de recuperação, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (BRASIL, 2000).

A decisão abaixo, exarada no RE 684612 RJ, demonstra, além do mais, a preocupação do Supremo Tribunal Federal no sentido de evitar que o direito à saúde se constitua em uma mera declaração formal destituída de efetividade:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. (BRASIL, 2014b).

Cabe esclarecer que a “repercussão geral” é um instrumento processual inserido pela Constituição Federal de 1988 cujo objetivo é possibilitar que o STF selecione os recursos extraordinários a serem analisados de acordo com a sua relevância e alcance político, social ou econômico. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o Supremo analisa o mérito da questão. A decisão prolatada nesse recurso extraordinário será, então, adotada pelas instâncias inferiores em casos idênticos (o uso desse filtro recursal resulta em

uma diminuição significativa do número de processos encaminhados àquela instância superior).

Vale salientar que o caráter programático,³ tal como a disposição constitucional presente no artigo 196 da CF, tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado. Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na APELREEX 70065136129:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS. DEVER DO ESTADO. SUBSTITUIÇÃO DA MEDICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. (...) 5. Argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

Ora, tal como reiterado pela jurisprudência colacionada, o cumprimento do dever político consagrado constitucionalmente pelo artigo 196 consiste na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde. Assim, o imperativo de natureza constitucional, associado à necessidade de solidariedade social, impõe ao Poder Público, qualquer que seja a sua dimensão institucional, no plano da organização federativa, a responsabilidade de zelar pelo acesso à saúde.

Convém pontuar que o Sistema Único de Saúde (SUS) foi instituído pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 (também

³ As normas constitucionais de conteúdo programático são aquelas que, ao definirem diretrizes para a atuação dos órgãos que compõem o Estado, evitam desvirtuar a vontade do legislador constituinte.

chamada de Lei Orgânica da Saúde), que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, bem como para a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O Sistema Único de Saúde caracteriza-se por ser a instituição mais importante no universo do Direito da Saúde brasileiro, tendo por escopo a organização de ações e de serviços públicos relativos à saúde em todo o território nacional.

É importante lembrar o precedente do AI 5025549-50.2015.404.0000, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reforça o entendimento da responsabilidade solidária dos entes federados, bem como acompanha a compreensão do Supremo Tribunal Federal quanto ao dever constitucional do Estado de oportunização do acesso à saúde:

Ante o exposto defiro a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar: a) que a União realize o repasse de verbas ao Estado de Santa Catarina (obrigação de fazer – art. 461 do CPC), no prazo de 15 dias, possibilitando ao Estado a aquisição dos medicamentos (...); b) que o Estado de Santa Catarina adquira no mercado farmacêutico e entregue ao Município de Itajaí (obrigação de fazer e de entregar coisa – arts. 461 e 461-A do CPC) o medicamento, no prazo de 15 dias; c) que o Município de Itajaí entregue/forneça ou coloque à disposição da parte autora (obrigação de fazer e de entregar coisa – arts. 461 e 461-A do CPC) o medicamento, iniciando-se o fornecimento no prazo de 15 dias; (...) No caso concreto, tratando-se de antecipação de tutela, é manifesta a possibilidade de a postergação da decisão causar lesão grave e de difícil reparação à parte. Admito, assim, o processamento do agravo via instrumento. Quanto à legitimidade passiva, convém salientar que esta Corte firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade é solidária entre os três entes da federação e, assim, a parte pode litigar contra qualquer dos responsáveis. (...) Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde. (...) O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. (...) o SUS é composto por uma rede de prestação de serviços regionalizada, que se organiza de acordo com as diretrizes da descentralização, em que se redefinem os papéis das três esferas de governo, descabendo ao Poder Judiciário apontar ou estabelecer um ente

específico em detrimento de outro para efetivamente cumprir a obrigação prevista no art. 196 da CF/88. (BRASIL, 2015a).

É visível, portanto, que os tópicos relativos à saúde e à assistência pública estão condicionados a um triunvirato de normas de diferentes origens administrativas: as de natureza federal, estadual e municipal. Exemplo eloquente dessa partição de competências – mas distante do idealizado pelo legislador – é a questão do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos pelos diferentes entes da Federação, como observado no entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 855178:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. RE: (...) 855.178, ARE: 853798. (BRASIL, 2015b)

O TRF da 4ª Região, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, segue a mesma compreensão aduzida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade passiva dos entes federados, como se observa na decisão a seguir, referendada na APELREEX 5006291-35.2013.404.7110:

CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE DOS ENTES FEDERADOS. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA NOS TERMOS DO ART. 421 DO CPC. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. MANTIDO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. 1. A jurisprudência da Turma e do STJ

é no sentido de reconhecer a legitimidade passiva dos entes federados em ações com pedido de fornecimento de medicação (BRASIL, 2014a).

É interessante registrar que, mesmo diante de pretensões mais específicas em relação à saúde, o entendimento predominante é o de que cabe ao ente público a efetividade ao acesso do direito, como elencado na decisão do Tribunal de Justiça Estadual na AC 70064962855:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS AUTOMÁTICA OU MOTORIZADA. PRELIMINAR. PERDA DO OBJETO. REJEITADA. (...) 3. A assistência à saúde física e mental dos indivíduos é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Ente Federativo custear o fornecimento de cadeira de rodas automática ou motorizada ao necessitado. Inteligência do art. 196 da CF. 4. A alegação de escassez de recursos para o ente público se eximir de fornecer o tratamento solicitado pelo autor sobrepe o interesse financeiro da administração ao direito à vida e à saúde daquele que necessita ser assistido. 5. A ausência de previsão orçamentária e reserva do possível, são argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. 6. Argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

No mesmo diapasão, observa-se o teor do acórdão exarado na AC 70065284242, do mesmo Tribunal local:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. DEVER DO ESTADO. 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público (...) 2. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre

os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição. 3. O fato de o tratamento não fazer parte da lista de competência do Estado não é óbice à concessão do provimento postulado na demanda, pois tal argumento viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. (...) 6. Os argumentos invocados pelo Estado estão estampados na Carta Constitucional, da mesma forma que os direitos da autora se consubstanciam em preceitos constitucionais, impondo-se, desse modo, a realização de uma ponderação de princípios quando ambos direitos forem constitucionalmente previstos. (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

É notório o fato de que, cabendo aos municípios a distribuição de medicamentos, se estes deixam de fazê-lo por eventuais problemas de ordem administrativa decorrentes de atrasos, vícios licitatórios ou, ainda, por ações que venham a discutir o próprio fornecimento, a responsabilidade recai sobre os estados e sobre a União. Diante da necessidade de manutenção do ciclo, resta à Administração Federal e Estadual, por sua vez, serem responsabilizadas quando determinado ente público, em razão de qualquer circunstância, deixa de disponibilizar verba suficiente para a aquisição dos equipamentos e produtos médicos.

O que se observa é que, diante de tantos responsáveis, acaba não se encontrando nenhum. Sem ter a quem recorrer, o paciente apela, então, ao Judiciário que, por vezes, é obrigado a assumir um papel que cabe, precipuamente, ao Poder Executivo.

EFETIVIDADE DO DIREITO

Como pontua Ricardo A. Dias da Silva (2010, p. 188), o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível, mesmo diante da defesa da recepção absoluta dos princípios constitucionais, não pode desconsiderar a realidade e suas circunstâncias para a materialização desses mesmos direitos.

O acesso à saúde no Brasil, ainda que existam diferentes abordagens acerca do tema, e a atuação do Estado junto aos diversos estratos sociais que compõem a coletividade são, por sua própria natureza, delicados e controversos. Fernando Aith (2007, p. 200) ensina que o direito à saúde, como um dever do Estado definido constitucionalmente, deve ser viabilizado mediante políticas socioeconômicas, adotando-se, administrativamente, as medidas necessárias a fim de se evitar riscos relacionados à saúde pública junto à população.

Vale dizer que cabe ao ente estatal promover os interesses públicos mediante ações e diretrizes que visem à harmonia e o bem-estar coletivo, de modo a satisfazer o conceito do mínimo existencial. É interessante pontuar que a concepção de sobrevivência mínima não se confunde com o fundamento do mínimo existencial. No ensinamento de Ingo Sarlet (2008, p. 11), enquanto um se reporta à condição vital, o outro espelha uma condição digna de vida. Dessa maneira, o mínimo existencial está intimamente ligado às condições materiais indispensáveis para assegurar a dignidade existencial de cada indivíduo.

Sarlet (2008, p. 53), reportando-se ao precedente germânico Bverf n° 33, S. n° 333,⁴ inspirador da Teoria da “Reserva do Possível”, lembra que o objeto da ação era o ingresso em uma instituição de ensino superior na Alemanha e que, diante da insuficiência de vagas, restou inexecutável a satisfação, sob pena de se infringir a razoabilidade. Aduz, ainda, que a ideia da Teoria da “Reserva do Possível” pode ser desmembrada em dois aspectos, sendo um deles a possibilidade fática, relativa à existência de reservas financeiras, e o outro a viabilidade jurídica, que deverá estar em conformidade com a autorização legislativa orçamentária. É, assim, indispensável para

⁴A ação, analisada no precedente jurisprudencial alemão, visava a uma vaga junto à Instituição Pública de Ensino Superior, com o fundamento de que a Lei Federal Alemã garante a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão (SARLET, 2007, p. 364).

fins de legalidade a outorga ao Estado do dispêndio de recursos destinados a determinado fim comum. Convém lembrar, contudo, que a “Reserva do Possível” passou a ser utilizada como justificativa para a maior parte dos episódios de ausência estatal.

Eros Grau (2014, p. 99) apresenta crítica contundente à atuação do Poder Judiciário diante das omissões legislativas e da constante inércia do Estado e traça interessante paralelo entre as artes e o texto normativo. O autor expõe que, assim como a música demanda para a sua plena compreensão a participação do intérprete, da mesma forma se exige similar interação na análise do texto normativo.

Marçal Justen Filho (2012, p. 77) entende que a consolidação do Estado de Direito foi fundamental para sujeitar a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que antes dessa consolidação os “atos do Príncipe” eram irrepreensíveis e o conteúdo do Direito confundia-se com a própria pretensão volitiva dos governantes. Nesse aspecto, conforme o autor citado, somente são válidas as normas em relação às quais todos aqueles que viessem a suportar os seus efeitos concordassem, mediante uma discussão racional dentro de um processo legítimo de avaliação. É evidente que a validade dos atos oriundos do Estado não pressupõe a participação efetiva e real de cada um, mas se trata de um pressuposto elementar, isto é, a existência de um sistema jurídico válido que oportunize a pretensão volitiva da maioria dos cidadãos. Justen Filho (2012) ressalta ainda que o povo e os governantes têm o mesmo nível de hierarquia, e a competência atribuída aos agentes nada mais é do que a representação da vontade dos governados.

CONCLUSÕES

Mesmo que persistam diferentes concepções acerca do tema, concluímos que todas as vertentes doutrinárias convergem para a impossibilidade do descolamento da supremacia dos direitos fundamentais do conceito de Estado de Direito. Assim, viabiliza-se a materialização do ideário concernente ao Estado Social e ao direito à saúde.

No nosso Ordenamento Constitucional abundam artigos que contemplam esse direito e, por consequência, são vários os dispositivos que podem ser utilizados pelo Poder Público a fim de se garantir a sua viabilização e o seu acesso à população. Pode-se perceber que, de acordo com o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, o cuidado à saúde caracteriza-se por uma competência comum entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal (tríplice regulamentação).

Entendemos, portanto, que a inspiração legal não se esgota apenas no sentido expresso pelo legislador. Ela reclama, também, a participação do operador do Direito para a sua completude. Diante disso, ao se pretender uma efetividade dos direitos sociais, resta aceitar a vontade expressa pelo Constituinte, visto que o conceito de um viés social dos direitos, de acordo com Alexy (2011, p. 253), não está vinculado à atuação positiva do Estado na implementação das garantias fundamentais.

Ainda que existam severas críticas dos doutrinadores (no que diz respeito às hipóteses de preenchimento de lacunas mediante a atividade jurisdicional), o cumprimento do disposto constitucional presente no artigo 196 da CF, em face do teor dos acórdãos de diferentes fontes, constitui um imperativo de interesse público. A atual Carta Constitucional, ao ratificar o conceito da relevância pública no artigo 197, indica as ações e os diferentes serviços que, no caso da saúde, devem ser desempenhados pelo Poder Público, caracterizando, dessa forma, um princípio-garantia em favor do cidadão que deve ser cumprido em todas as situações.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Direito Sanitário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Margarida Maria S. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set.

_____. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento n.º 5025549-50.2015.4.04.0000*. Relator: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle. Data de autuação: 8 jul. 2015a. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=mcqd&hdnRefId=bfba4ea7402d5383be888dcc-c61b0035&selForma=NU&txtValor=50255495020154040000&-chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01%2F01%2F1970&selOrigem=TRF&siste-

ma=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação e Reexame Necessário n.º 5006291-35.2013.404.7110*. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Data de Julgamento: 4 ago. 2014a. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=vdpq&hdnRefId=173992ae4d0b8e781c2820ea7780d4d4&selForma=NU&txtValor=50062913520134047110&chk-MostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspertes=&txtDataFase=01%2F01%2F1970&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 267612/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 2 ago. 2000. *Diário de Justiça*, 23 ago. 2000. p. 50. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 684612/RJ. Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 16 out. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, n. 213, 30 out. 2014b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25300497/recurso-extraordinario-re-684612-rj-stf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 855178/CE*. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 5 mar. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver>>.

ProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

CALVO, Adriana. *O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional - visão dos tribunais trabalhistas*. São Paulo, SP, Brasil: LTr, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos, exclusão social e educação para o Humanismo. In: ALBUQUERQUE, Paulo Peixoto de et al. *Direitos Humanos, pobreza e exclusão*. São Leopoldo: Adunisinos, 2000. p. 21-26.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 2015. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 12 fev. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação e Reexame Necessário n. 70065136129*. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Data de Julgamento: 10 jul. 2015a. Disponível em: <<http://www1.tjrs>

jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=-Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065136129&num_processo=70065136129&codEmenta=6376226&temIntTeor=true>. Acesso em 12 fev. 2018.

_____. *Apelação Cível n. 70064962855*. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Data de Julgamento: 26 maio 2015b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 12 fev. 2018.

_____. *Apelação Cível n. 70065284242*. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Data de Julgamento: 16 jun. 2015c. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 12 fev. 2018.

RUDNICKI, Dani; AMORIM, Andressa de Ávila; DORNELLES, Cássia Vargas. A Saúde no sistema penitenciário de Porto Alegre. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, v. 199, p. 285-302, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Ricardo A. Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a “Reserva do Possível”*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.