
Saúde como direito do cidadão e dever do Estado: a abrangência do direito à saúde

Gagrione Fernando da Silva*

Maria Cláudia Maia**

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios até os dias atuais, os cidadãos não cessam de buscar algo novo, procurando efetivamente o aperfeiçoamento de suas conquistas. Vemos, ao longo da história, o povo, mesmo que de forma acanhada em uma fase e em outra mais afluente, lutando por mais direito e dignidade.

De forma sucinta, veremos que o direito à saúde ganhou maior destaque após a promulgação da Carta Magna de 1988, quando deixou de haver uma contrapartida do cidadão. Anteriormente, o direito à saúde somente era disponível àquelas pessoas que contribuía para a previdência; hoje, ao contrário, o Estado é obrigado, solidariamente com os Entes Federados, a garantir o direito à saúde para todos, mediante a consecução de políticas públicas.

*Aluno do 4º Ano do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

**Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

Sinteticamente, veremos a proteção dos Direitos Humanos e Direito à Saúde no âmbito internacional, após a segunda guerra mundial, onde cria-se uma nova concepção dos referidos direitos.

Da mesma forma, mostraremos alguns princípios norteadores do direito à saúde, como o princípio da proibição do retrocesso social, o princípio da relevância pública, o princípio da prevenção e o princípio da universalidade.

Com a definição dada pela “Organização Mundial de Saúde” (OMS) que estabelece a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidade”, o direito à saúde, além de ser abrangente, passa a ter um olhar especial aos idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes. Veremos, assim, como é aplicada a lei no caso concreto em relação a essas pessoas.

Embora esteja expressamente registrado no bojo da Constituição Federal que a saúde é dever do Estado e direito do Cidadão, veremos que ainda há uma resistência por parte do Poder Público em efetivar tal direito.

Veremos que quando há esta resistência pelo Poder Público, o Cidadão tem o direito subjetivo de requerer, administrativamente ou junto ao Poder Judiciário, que seu direito seja efetivado.

Por conseguinte, os Tribunais tem entendimento de que o direito à saúde vai além de simplesmente atender a demanda por um medicamento ou tratamento. Veremos, em alguns julgados, que o direito à saúde é abrangente, indo além do que até então imaginávamos.

2 HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE

Tendo em vista as mudanças e diversos avanços que ocorrem na sociedade, tanto na área de informação quanto na de tecnologia, não poderia ser diferente no campo do direito, pois, por se tratar de uma ciência humana que passa por mudanças diariamente, é necessário que ela se adapte à realidade dos que buscam agasalhamento nos direitos e garantias, que, ao longo da história da sociedade, vêm sendo adquiridos e aperfeiçoados, como explicitam alguns doutrinadores.

Assim como essas proteínas se dirigem com autonomia, em conformidade com os interesses fisiológicos da célula, assim também o Direito, livre de imposições absolutas, se pode dirigir pelos interesses reais da sociedade, de acordo com os sistemas de referencia [sic] efetivamente vigorantes. (TELLES JUNIOR, 1971, p. 285 apud PEREIRA, 2014, grifo nosso)

No Brasil, desde a Constituição do império, de 1824, até todas as Constituições da República até 1988, nenhuma Constituição previu o direito à saúde de forma completa, restando sempre a contrapartida.

Conforme disserta Mônica Cristina da Costa:

Em seguida, surgem os Institutos de Previdência, chamados IAP's, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Contudo, tais institutos atendiam somente a categoria profissional a que fossem vinculados e ofereciam, inclusive, serviços hospitalares. A parte curativa da saúde não era garantida a todas as pessoas, restringindo-se como benefício assegurado aos trabalhadores contribuintes dos institutos de previdência. (COSTA, 2011)

Ao analisarmos as nossas cartas magnas e ordenamento jurídico anteriores a 1988, podemos destacar que o único texto constitucional que previu de forma ampla e irrestrita o direito à saúde foi a Constituição Federal de 1988 (DALLARI, 1988). No próximo capítulo, será explicado como foi abordado o direito à Saúde nesta carta magna.

É interessante observarmos como foram sendo introduzidos os direitos e garantias sobre o direito à saúde em nossa sociedade, pois cada momento da história demonstrava seu reconhecimento de forma diferente. O direito a saúde não era preocupação em outras constituições, sendo que algumas delas nem sequer citavam tal direito.

Porém, a partir da década de 1980, surge uma grande preocupação e luta da população em busca de garantias e direitos fundamentais, que, sem dúvida, foram consagradas em nossa Constituição Federal (DALLARI, 1988).

Essa preocupação e busca por garantia do direito à saúde também decorreu de compromissos internacionais que o Brasil assumiu, conforme será explanado a seguir.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITO À SAÚDE

Com o final da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas, todo o mundo viu-se diante da necessidade do estabelecimento de valores universais e supranacionais para a proteção dos direitos humanos.

Assim, em 1945, com o fim da segunda guerra mundial, forma-se a Organização das Nações Unidas, instituição internacional, inicialmente constituída por 51 países, dentre eles o Brasil, com a intenção de manutenção da paz e do desenvolvimento em todos os países do mundo.

Em 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituindo uma “ética universal”, consagrando um consenso sobre valores de cunho universal e criando uma nova concepção de direitos humanos, conforme explica Flávia Piovesan:

A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. (1998, p. 25/26)

Assim, consagrando essa nova concepção de direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, previu o direito à saúde, com os determinantes básicos para obtê-la, no artigo 25, *in verbis*:

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

No mesmo ano de 1948, no mês de abril, foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela IX Conferência Internacional em Bogotá, que também previu o direito à saúde, mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos, conforme previsão do artigo 11:

Artigo XI - Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade.

Em 1946, foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, celebrada em Nova Iorque, a Constituição da Organização Mundial da Saúde, que entrou em vigor em 7 de abril de 1948, com o objetivo de “alcançar para todos os povos o mais alto grau de saúde possível”.

Posteriormente, em 1966, foi firmado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, que entrou em vigor somente em 1976, com o número necessário de ratificações e previu o direito à saúde, no artigo 12:

Artigo 12

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.
2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Em 17 de novembro de 1988, foi adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, El Salvador, o Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), também denominado de Protocolo de San Salvador, que previu o direito à saúde, de forma ainda mais abrangente, no artigo 10:

Artigo 10

Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Podemos observar que os instrumentos internacionais de proteção ao direito à saúde, na evolução histórica, foram abrangendo cada vez mais condições específicas para a manutenção desta, como, por exemplo, a educação da população para a prevenção de doenças e a proteção de grupos em mais alto risco, como a população em situação de pobreza.

Os instrumentos internacionais também são importantes na medida em que os Estados partes comprometem-se a incorporar tais direitos em seu ordenamento jurídico interno e obrigam o Estado a efetivá-los.

2.2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS

A Organização Mundial da Saúde é uma agência especializada das Nações Unidas e foi criada em 7 de abril de 1948, como um organismo internacional de saúde pública de alcance mundial e seu principal objetivo seria o cuidado e a proteção da saúde em todo o globo (HERNANDEZ, PERULLES e CRESPO, 2004, p. 131).

A Constituição da Organização Mundial da Saúde entrou em vigor em 7 de abril de 1948, com reformas que foram adotadas pelas 26^a, 29^a, 39^a e 51^a Assembléias Mundiais de Saúde que entraram em vigor, respectivamente, em 3 de fevereiro de 1977, 20 de janeiro de 1984, 11 de julho de 1994 e 15 de setembro de 2005.

A Organização Mundial da Saúde conta atualmente com 193 países membros e está dividida em seis escritórios regionais, na África, Américas, Europa, Mediterrâneo Oriental, Sudeste da Ásia e Pacífico Ocidental.

A Constituição da OMS, em seu preâmbulo, estabelece princípios básicos para a “felicidade, relações harmoniosas e segurança de todos os povos”, e o primeiro deles trouxe um conceito novo e mais abrangente do que seria saúde, ao afirmar que “a saúde é um estado completo de bem estar físico, mental e social e não somente a ausência de infecções ou enfermidades”.

De acordo com Germano Schwartz:

A OMS, portanto, em seu conceito, alargou o conceito de saúde, que anteriormente estava resignado aos aspectos ‘curativos’ e ‘preventivos’. Adentra na chamada ‘promoção’ da saúde ao propor que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas também um completo bem-estar, seja físico, mental ou social. (2001, p. 35)

No segundo princípio do Preâmbulo, há a colocação de que o direito à saúde é um direito fundamental de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social. O reconhecimento da saúde como um direito fundamental de todo ser humano propõe a universalização deste direito.

Ese conocimiento de la salud entre los derechos del catálogo fundametal de los que corresponden a cada individuo, a va suponer el punto de arranque de una universalización del derecho a la protección de la salud en cada uno de los Estados que apuesten por un texto constitucional inserto en las nuevas tendencias de protección pública de la vida individual del ciudadano. (HERNANDEZ,

Nos três princípios seguintes, estabelece a necessidade de cooperação entre os Estados, já que “a saúde de todos os povos é condição fundamental para alcançar a paz e a segurança e depende da cooperação das pessoas e dos Estados”; “que os resultados alcançados por cada Estado para o fomento e proteção e saúde são

valiosos para todos” e “a desigualdade dos diversos países com relação ao fomento da saúde e controle das enfermidades, especialmente as transmissíveis, constituem um risco comum”.

Ainda, quanto à necessidade de cooperação entre os Estados, prevê que “a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para alcançar o mais alto grau de saúde”.

Com relação a estes dois últimos princípios, segundo os quais a desigualdade com relação ao controle de enfermidades constitui um risco comum e que a extensão dos conhecimentos médicos é essencial, há uma atribuição de responsabilidade aos países desenvolvidos em relação aos países pobres, pois a saúde não pode ser entendida como problema somente do âmbito interno de cada região, mas trata-se de uma questão que envolve toda a humanidade.

Poder-se-ia afirmar que os países desenvolvidos teriam que partilhar as suas descobertas e avanços na área da saúde e que tais conhecimentos deveriam ser de toda a humanidade, já que a saúde não é somente um problema de âmbito interno de cada Estado, mas sim de toda a população.

Há ainda o princípio que prevê que o desenvolvimento da saúde da criança é de fundamental importância e que a “opinião pública bem informada e uma cooperação ativa por parte do público são de importância capital para a melhora da saúde do povo.”

Finalmente, o último princípio prevê que os governos têm responsabilidade na saúde de seus povos, a qual pode ser cumprida mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas, estabelecendo a responsabilidade do Estado para com a efetivação da saúde.

A Organização Mundial da Saúde é conduzida pela Assembleia Mundial da Saúde, que é composta por representantes dos Estados-membros e tem como principais objetivos aprovar o programa e as diretrizes pelo biênio seguinte e decidir as principais questões políticas (artigo 18 da Constituição da OMS) , podendo adotar convenções ou acordos relativos a qualquer assunto que seja da competência da Organização (artigo 19 da Constituição da OMS).

3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Devido à necessidade dos cidadãos em busca de um país democrático, baseado em um Estado de direito, onde o poder estaria nas mãos do povo, nasce a Constituição Federal de 1988, após período de ditadura militar no Brasil.

Conforme descrito no preâmbulo e parágrafo único do Artigo 1º da referida Constituição:

(...) instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

(...)

Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Além da redemocratização do Brasil, havia um movimento reivindicatório de direitos que assegurassem o mínimo de dignidade aos cidadãos, dentre eles a saúde. (DALLARI, 2009)

Ainda conforme Sueli Gandolfi Dallari:

A introdução da saúde no rol dos direitos sociais no Brasil foi, sobretudo, resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no final dos anos oitenta do século vinte. (DALLARI, 2009, p.10)

Na mesma esteira Clarice Seixas Duarte (2012, p. 421) faz a seguinte observação: “...CF/88 – representou um importante avanço em termos de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, prevendo um regime jurídico de proteção diferenciado a essa categoria de direitos.”

Assim, o direito à saúde passou a ser amplamente garantido na Constituição Federal e, inicialmente, tal direito está previsto no capítulo que trata dos direitos sociais, que são direitos de segunda geração, ou seja, aqueles que exigem uma atuação do Estado para serem efetivados:

Art. 6º São direitos sociais a educação, *a saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1998, grifo nosso)

A grande conquista para a população foi o fato de que, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser universal e direito de todos, conforme dispõe o Artigo 196:

Art. 196. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, ao contrário da Previdência Social que depende de uma contribuição para que se obtenha determinado benefício, a saúde independe de contrapartida do cidadão.

O direito à saúde, como direito de todos independente de qualquer requisito, foi uma conquista da sociedade brasileira. Isso porque, antes da atual Constituição, somente teria direito à saúde o cidadão que pudesse contribuir, ou seja, que estivesse inserido no mercado formal de trabalho, o que causava a exclusão de muitos brasileiros.

Conforme leciona o Professor Luiz Roberto Barroso:

...a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. (BARROSO, 2007, p. 14)

Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, além de assegurado como direito social no mencionado artigo 6º, está inserido no capítulo da seguridade social, que busca garantir a própria vida e a dignidade da vida humana, e está subordinado aos seguintes princípios: princípio da proibição do retrocesso social, princípio da relevância pública, princípio da prevenção, princípio da universalidade de cobertura e atendimento, princípio da integralidade.

Passaremos a ver abaixo cada princípio, de forma sucinta.

O princípio da proibição do retrocesso social, é a vedação que impõe ao nosso ordenamento jurídico a não retroceder no que concerne aos direitos sociais já conquistados, ou seja, torna acessível ou concretiza um direito social já adquirido. Esse princípio é de suma importância para evitar a perda de direitos já conquistados com tanto trabalho e triunfo.

De acordo com Rodrigo Zouain da Silva (2011), o princípio do não retrocesso social encontra-se na Carta Magna de 1988, decorrendo dos princípios do Estado social-democrático de direito, bem como da dignidade da pessoa humana, da ampliação, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, assim como da segurança jurídica, da solidariedade e da justiça social.

Para Mônica Cristina da Costa (2011, p. 7), o princípio da relevância pública, está expresso no *caput* do Artigo 194 da Constituição Federal, a notoriedade e abrangência conferida à Saúde no Brasil.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (BRASIL, 1988)

Tal dispositivo legal dá ao cidadão legitimidade para exigir do Estado que lhe sejam conferidos e assegurados tais direitos e garantias.

Podemos concluir como relevância pública, o próprio interesse público em garantir a vida, sendo este o objetivo primordial da Constituição Federal de 1988. Garantir a todos o direito à vida, com respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da prevenção está ligado à atuação do Estado, mediante políticas públicas para assegurar a saúde do cidadão, não somente no que concerne à prevenção de doenças, mas também no acompanhamento e resolução de possíveis sequelas sociais, oriundas de doenças, físicas e psíquicas.

De acordo com Mônica Cristina da Costa (2011, p. 7), o Estado não deve apenas atuar no que tange à cura, mas no que concerne à prevenção, o que pode trazer resultados positivos aos cofres públicos e uma saúde pública de qualidade, assim atentando ao que dispõe o conceito de saúde pela OMS (Organização Mundial de Saúde), que a define como sendo o estado completo de bem-estar físico, mental e social, ou seja, transcende a ausência de doenças e afecções. Essa colocação será aprofundada no capítulo seguinte.

O princípio da universalidade de cobertura e atendimento prevê, de acordo com Mônica Cristina da Costa (2011, p. 7), que os serviços à saúde devem atender o máximo de situações a fim de cobrir o maior número de pessoas beneficiadas. Ainda, devemos atentar ao que dispõe o Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, onde se explicita que os direitos fundamentais sociais, abrangem todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Essa universalidade não está ligada somente ao indivíduo, mas remete também ao dever do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos. E, a fim de garantir a universalidade todo o serviço de saúde oferecido pelo Estado, deve ser obrigatoriamente gratuito.

A saúde é um direito de todos, e é dever do Poder Público prover os serviços e ações capazes de garanti-lo. A universalização diz respeito à oferta dos serviços e ações de saúde a todos de que deles necessitem, priorizando as ações preventivas e reduzindo o tratamento de agravos. (MENOZZI JUNIOR, 2011, p. 53)

De acordo Moacir Menozzi Júnior (2011, p. 54), o Princípio da integralidade envolve as ações de promoções à saúde, ou seja, de prevenção de doença, tratamento e reabilitação.

Devendo o Estado, através de políticas públicas, focar o olhar tanto nos meios preventivos quanto nos meios curativos, seus serviços devem atender às pessoas individualizadas ou em grupos, mesmo que suas necessidades não sejam iguais à da maioria. (MENOZZI JUNIOR. 2011, p. 54)

No Artigo 198, inciso II da Constituição Federal, garante-se a todos a proteção e a recuperação da saúde de forma integral, através de políticas públicas.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (BRASIL, 1988).

Sobre a abrangência do dever do Estado para garantir a saúde, trataremos no capítulo seguinte.

4 CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE

A Carta Magna de 1988, ao abordar o direito à saúde, no seu artigo 196, reconheceu-o como **direito de todos e dever do Estado. Essa tutela universal e igualitária foi uma conquista, como já vimos nos capítulos anteriores. A sociedade se levantou com firmeza, a fim de que seus direitos fossem reconhecidos e efetivados (BRANCO, 2007, p. 120).**

A Organização Mundial de Saúde” (OMS) define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.

Luciana Temer Castelo Branco, ao comentar a definição de saúde da OMS afirma que:

Trata-se de conceito extremamente amplo e que implica uma série de outras questões, como, por exemplo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, é interessante observar que, quando se fala em direito à saúde, imediatamente somos remetidos à ideia de tratamentos, medicamentos e hospitais. Estamos, na verdade, condicionados a pensar em doença e não em saúde. (BRANCO, 2007, p.1)

Diante de tal definição, temos a noção de que o direito a saúde é mais vasto do que imaginamos, ou seja, sua abrangência vai além do tratamento de uma enfermidade e disponibilização de remédios.

Ao longo deste capítulo, veremos que o direito à saúde, além de ser abrangente, dirige um olhar especial aos idosos, às pessoas com deficiência e às crianças e adolescentes.

Passaremos a analisar as leis, de uma forma sucinta, e a sua abrangência no que diz respeito aos direitos dos idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes.

4.1 DO IDOSO

A Lei nº. 10.741 de 01 de outubro de 2013, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, em seu bojo, especificamente no capítulo IV, a partir do Artigo 15, trata do direito à Saúde do Idoso, propondo um tratamento diferenciado aos idosos, assegurando garantias e direitos especiais e diferenciadas.

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

I – cadastramento da população idosa em base territorial;

II – **atendimento geriátrico e gerontológico** em ambulatórios;

III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;

IV – **atendimento domiciliar**, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;

V – **reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde.**

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

§ 4º Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.

§ 5º É vedado exigir o comparecimento do idoso enfermo perante os órgãos públicos, hipótese na qual será admitido o seguinte procedimento:

I - quando de interesse do poder público, o agente promoverá o contato necessário com o idoso em sua residência; ou

II - quando de interesse do próprio idoso, este se fará representar por procurador legalmente constituído.

§ 6º É assegurado ao idoso enfermo o atendimento domiciliar pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo serviço público de saúde ou pelo serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde - SUS, para expedição do laudo de saúde necessário ao exercício de seus direitos sociais e de isenção tributária.

O direito ao atendimento domiciliar do Idoso esta previsto de forma clara, bem como, assegurando que o Poder Público deve fornecer gratuitamente medicamentos, inclusive próteses, órteses e outros recursos relativos, que tenham como finalidade o tratamento, habilitação ou reabilitação do Idoso.

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.

O idoso tem direito expresso de acompanhante quando de sua internação ou observação, devendo o órgão prestador de serviço de saúde proporcionar local e condições adequadas para que tal direito seja garantido e assegurado.

Ao tratar, em nosso ordenamento jurídico, de forma específica dessa faixa etária, garante-nos que os direitos à saúde dos idosos serão assegurados de forma diferenciada, trazendo assim efetividade e agilidade.

Embora haja a manifestação legal garantidora de direitos, muitas vezes, os idosos, em situação de fragilidade, são deixados de lado, ou até mesmo esquecidos pelos entes estatais, sendo somente tutelados quando buscada a efetividade no Poder Judiciário.

4.2 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em 2007, o Brasil foi signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entrando em vigor em nosso ordenamento Jurídico através do Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Essa Convenção foi a primeira a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda Constitucional, já que foi aprovada na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência teve a preocupação de conceituar o que é deficiência:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009)

O Decreto supramencionado, a partir do Artigo 25, elenca vários direitos e garantias assegurados as pessoas com deficiências:

Artigo 25

Saúde

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas

- com deficiência o acesso a serviços de saúde, **incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero.** Em especial, os Estados Partes:
- a) Oferecerão às pessoas com deficiência **programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas**, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral;
 - b) **Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos;**
 - c) Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, **o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural;**
 - d) **Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes.** Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;
 - e) **Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa;**
 - f) **Prevenirão que se negue, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência.** (BRASIL, 2009, grifo nosso)

O Decreto 6.949/2009 inovou ao garantir direito de serviços de saúde específicos para cada deficiência.

Embora tenha ingressado recentemente em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde da pessoa com deficiência tem cumprido o seu papel social, e principalmente evidencia o que dispõe nossa carta magna: “somos todos iguais”.

As pessoas com deficiência, gozando dos mesmos direitos que todos os cidadãos, mereceram de nosso ordenamento jurídico uma postura para se evitar qualquer discriminação. Temos, assim, um tratamento civilizado às pessoas que necessitam de um tratamento diferenciado, pois como diz Aristóteles “**Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade**”.

4.3 DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Instituído pela Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, logo em seu primeiro capítulo, trata dos direitos fundamentais, tendo como primícias o direito à Vida e à Saúde.

Há o cuidado também com a gestante, ou seja, para garantir saúde à criança é necessário que a mãe tenha sua saúde assegurada.

O ECA também estabelece obrigações aos estabelecimentos privados e empregadores de gestantes com a finalidade de assegurar a saúde da criança e da mãe.

Nossa Carta Magna, desde seu preâmbulo, preocupa-se com a dignidade da pessoa humana, bem como com os pilares que sustentam a sociedade. Com isso, responsabiliza não só a sociedade, mas, também, os Entes Federados de assegurar a saúde da criança e do adolescente de forma que não haja sonegação, abuso, e muito menos que pessoas ou entidades esquivem-se de suas responsabilidades em dar àqueles saúde com qualidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem por escopo assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes de forma a garantir que não sejam lesados, e que tais direitos sejam efetivados de forma eficaz. O direito à saúde estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente traz segurança e tranquilidade às nossas crianças e adolescentes, dando margem para que seus representantes legais possam cobrar judicialmente para que esses direitos sejam efetivados.

5 DEVER DO ESTADO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Todos precisam viver dignamente e o Estado tem o papel crucial na efetivação deste princípio constitucional tão importante. O Direito à saúde, sem dúvida, integra o direito à vida, com o intuito de conceder a cada cidadão a sua garantia estatal da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna, em seu Art. 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade do direito à vida, tendo este como escopo, garantindo-se a essência aos demais direitos constitucionais. De outro lado, a Constituição Federal, em seu bojo, no Art. 1º, III, consagra a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e como fundamento de um Estado democrático de Direito.

O Direito à saúde prevista em nossa Carta Maior de 1988, diz que este direito deverá ser garantido pelo Estado mediante políticas públicas, visando a prevenir a lesão ou ameaça a este Direito, conforme prevê o Artigo 196.

Art. 196. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1998)

No ano de 2000, houve edição da Emenda Constitucional nº. 29, que trouxe de forma detalhada a regulamentação sobre a vinculação orçamentária dos Entes Federados, responsáveis pela garantia ao direito à saúde ao cidadão.

A Emenda Constitucional nº 29/2000 acrescentou os §§ 2º e 3º ao artigo 198, definindo expressamente algumas outras fontes de recursos do SUS e, mais ainda, vinculando recursos de todos os entes federativos para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde. (AITH, 2010, p.216)

De acordo com Fernando Aith (2010, p. 215) o artigo 198, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal cuidou de detalhar como deve ser feito o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, vinculando recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mesmo tendo em vista a previsão constitucional para a vinculação orçamentária para que seja assegurado o direito à saúde a todos, como prevê o Artigo 196 da nossa Carta Magna, muitos entes descumpre-a, deixando de atender o bem mais precioso do ser humano que fica à mercê dos gestores públicos.

Embora a Constituição Federal, em seu bojo traga expressamente que é dever do Estado a garantia ao direito à saúde, vemos, em seu artigo 197, que a saúde pode ser fornecida por terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, submetendo-se às regras e normas impostas pelas Agências Reguladoras.

Como acontece na Educação, também é possível no Direito à Saúde, instituições privadas fornecerem aos cidadãos saúde, atentado-se às disposições previstas pelas Agências Reguladoras e Entes Federados. Ou seja, somente poderão prestar serviços de saúde aos cidadãos mediante autorização e controle do Estado.

5.1 DIREITO SUBJETIVO DO CIDADÃO

Conforme previsto no Caput do Artigo 196 da Constituição Federal, o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, dando assim legitimidade ao cidadão ao requerer este direito.

Assim, qualquer cidadão, independente de qualquer requisito, poderá requerer ao Poder Público que assegure seu direito à saúde. Poderá, inicialmente, pleitear de forma administrativa que seu direito seja assegurado, caso o tratamento, medicamento ou cirurgia não seja espontaneamente concedido pelos entes federados.

Embora previsto em texto constitucional que é direito de todos e dever do Estado o direito e acesso à saúde, o poder público não presta de forma adequada sua obrigação, deixando o cidadão sem respostas a seus requerimentos protocolados

administrativamente, ou indeferindo, alegando que não consta na listagem de padronização do Sistema Único de Saúde-SUS, tal procedimento. Postura esta que não exime o Estado de sua responsabilidade.

Mas, uma vez negado o requerimento administrativo para atendimento, medicamento, tratamento ou qualquer outra forma de garantia da saúde, poderá o cidadão procurar o Poder Judiciário. Isso porque, conforme, prevê o Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo dá ao cidadão pleno direito, a partir do momento em que se tem uma negativa do ente federado, em ajuizar ação judicial competente, requerendo junto ao Poder Judiciário que seu direito seja cumprido e seja prestado de forma integral conforme dispõe nossa Carta Magna.

Não obstante, o poder público, em tese de defesa, sustente a garantia do estado mínimo, ou seja, que o Estado tem a responsabilidade de arcar com o mínimo para sobrevivência do ser humano, não sendo o Poder Público obrigado à garantia integral do direito à saúde (COHN et al 2008, DIAS, 2002).

A garantia do Estado Mínimo não pode se sobrepor a tais direitos fundamentais, de forma que o conflito de interesses deve ser solucionado pela ponderação dos bens jurídicos em disputa, optando o intérprete pela providência que mais se amolda ao caso, devendo prevalecer a vida humana. (BRASIL, 2012).

Assim, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vejamos:

[...] “A administração pública deve suportar determinados gastos públicos não previstos especificamente, mas que constituem sua responsabilidade. É assim, por exemplo, com relação às calamidades públicas derivadas de força maior. Neste caso, a vida e a saúde humana devem ter especial proteção do ente público, até mesmo porque este é o seu interesse público primário, o bem social”
(TJSP, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Embargos de Declaração nº. 0000901-06.2010.8.26.0458/50001, Rel. Guerrieri Rezende, DJu 26.03.2012) (BRASIL, 2012)

Na decisão, cuja ementa está acima transcrita, o entendimento do relator é que, diante de tantas controvérsias quanto à matéria, e a omissão do Estado que não cumpre com a sua obrigação, é necessária a intervenção do Poder Judiciário para dar socorro e efetividade ao direito constitucional do cidadão (BRASIL, 2012).

Não há que se falar no caso em tela de evasão à separação de poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário deve avaliar e prestar assistência a quem dele necessita, mesmo porque ao Poder Judiciário cabe coibir qualquer violação ao direito.

6 RECENTES DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITO À SAÚDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Neste capítulo, veremos como está o entendimento jurisprudencial recente do Tribunal de Justiça de São Paulo e a aplicação da normatização jurídica no que concerne o Direito à Saúde, tendo em visto sua disposição Constitucional, em tratados e em leis esparsas.

Para levantar as decisões judiciais foi utilizado o endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo e optou-se pela escolha das mais recentes decisões que versaram sobre o direito à saúde e a responsabilidade do Poder Público de efetivá-lo. A seguir, será feita uma breve descrição de cada decisão escolhida, com a transcrição da ementa de cada julgado.

No caso abaixo, a autora genitora postula ação para internação compulsória de sua filha que é dependente de álcool e de entorpecentes, devidamente comprovado nos autos. O Município, ora réu da ação, interpôs recursos alegando ser parte ilegítima na lide, devendo o Estado e a União integrar a lide, sendo que a nossa Carta Magna em seu Art. 23, II, descreve que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a responsabilidade para o fornecimento de medicamentos e equipamentos necessários aos tratamentos de saúde, inclusive a internação, segundo os julgadores deste caso.

RECURSO. DEPENDENTE DE ENTORPECENTES E ALCOOLISMO - INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA POSSIBILIDADE. O Art. 196, da CF, é norma de eficácia imediata, independentemente, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou aparelhos, bem como internação para tratamento.

(TJSP – Recurso Inominado nº. 0000492-23.2014.8.26.0415 – 1ª Turma Recursal Cível do Colégio Recursal – Assis – 21/08/2015).

No caso seguinte, o Ministério Público ajuizou ação civil pública em favor de uma Cidadã, que é portadora de paralisia cerebral e necessita utilizar, por tempo indeterminado, fraldas geriátricas. Em preliminar, a Fazenda Pública diz que o MP não é parte legítima para propor a presente ação, tendo em vista atuar em defesa de direitos individuais e disponíveis. Bem como, afirma que o insumo requerido não consta na lista padronizada pelo SUS e que nenhum direito ou interesse, por mais relevante que seja, não pode ser exercido de forma ilimitada e incondicionada. Alega que o Art. 196 da Constituição Federal é norma programática que apenas fixa princípios, programas e meta a serem alcançadas pelos órgãos do Estado. Recurso não provido, mantendo a decisão de primeira instância, ou seja, devendo fornecer as fraldas descartáveis à demandante.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. Paralisia cerebral. **Fraldas descartáveis**. Legitimidade ativa do Ministério Público. Cabe ao Estado propiciar o atendimento médico, fornecendo o insumo prescrito. Ordem amparada no artigo 196 da Constituição Federal. Sentença de procedência. Manutenção. Recurso não provido.
(TJSP - Apelação / Reexame Necessário nº 1015543-75.2014.8.26.0506 – Paulo Galizia Relator – 17/08/2015)

Na decisão a seguir descrita, o requerente em primeira instância requereu tutela antecipatória para realização de um procedimento cirúrgico no joelho, em observância no estatuto do idoso. A requerida recorreu da decisão interlocutória, aduzindo que o procedimento, ora pleiteado, deveria seguir a ordem fixada pelo Poder Público, além de apontar a violação aos princípios da isonomia, legalidade e reserva do possível. O recurso não foi provido, sendo mantida a decisão de primeira instância.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – **Procedimento cirúrgico** – Pessoa portadora de doença grave – Observância do disposto nos artigos 196 da CF/88, 9º e 15, § 2º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) – Necessidade econômica – Imprescindibilidade atestada por relatório médico – Obrigação dos entes públicos – Recurso não provido.
(TJSP - Agravo de Instrumento nº 2106602-59.2015.8.26.0000 – Luís Francisco Aguiar Cortez – Relator – 18/08/2015)

No caso abaixo, a requerente postula ação a fim de conseguir agendamento com profissional especialista em coluna, haja vista o Município não ter em quadro pessoal para tal demanda. O Município, inconformado com a sentença que determina o agendamento de consulta médica e realização de exame neurológico, agrava da decisão, alegando que a demanda utilizou via inadequada e ilegitimidade passiva, buscando a inversão do julgado. Sendo conhecido o recurso porém não provido, pois a via utilizada estava correta e conforme dispõe a Constituição Federal todos os Entes Federados, respondem solidariamente para garantia do Direito à Saúde.

MANDADO DE SEGURANÇA. **Agendamento de consulta médica com especialista em coluna e exame neurológico**. Admissibilidade. Comprovação do estado de saúde da autora e necessidade dos aludidos procedimentos. Sentença mantida. Recursos conhecidos e não providos.
(TJSP - Apelação nº 0007865-70.2014.8.26.0071 – Vera Angrisani – Relator – 18/08/2015)

No caso a seguir, o requerente em primeira instância buscou tutela antecipatória para que fossem fornecidos aparelhos auditivos, sendo apresentado laudo médico e exame audiométrico, demonstrando a necessidade do aparelho, bem como os requisitos necessários para antecipação da tutela, que foi negada em primeira instância. Apresentado agravo de instrumento foi reformada a decisão pelo Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista o disposto em nossa Carta Magna, “A saúde é dever do Estado”.

Ação de obrigação de fazer. Obrigação da Administração Pública de **fornecer aparelho auditivo**. Presença dos requisitos legais de tutela antecipada. Dever do Estado e do Município. Agravo de instrumento provido.
(TJSP - Agravo de Instrumento nº 2148648-63.2015.8.26.0000 – Antonio Celso Aguilar Cortez – Relator – 17/08/2015)

No acórdão analisado, cuja ementa está abaixo descrita, a agravante recorreu da sentença que indeferiu o pedido de tutela antecipada para que os recorridos disponibilizassem àquela, solidariamente, sessões de Oxigenoterapia Hiperbárica em hospital público ou particular, em razão de doença de que padece a autora, tendo em vista não ter condições de usufruir do tratamento disponibilizado pelos entes públicos em cidade que dista cerca de 400 km de onde reside, não tendo condições físicas de suportar longa viagem para fazer o tratamento. Sendo conhecido e provido o presente recurso pelo tempo que for necessário, de acordo com a prescrição médica, em hospital público ou particular, arcando os Entes com os gastos pertinentes.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. **TERAPIA EM CÂMARA DE OXIGENAÇÃO HIPERBÁRICA**. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. LOCAL DE TRATAMENTO DIVERSO, DISTANTE 400 KM DO DOMICÍLIO DA AUTORA. Impossibilidade de se deslocar diariamente, ante seu estado de saúde necessidade de realizar as sessões em seu próprio domicílio. - Agravo provido.
(TJSP - Agravo de Instrumento nº 0100033-22.2015.8.26.9039 – José Antonio Bernardo – Relator – 14/08/2015)

Na decisão a seguir, a requerente ajuizou ação com o intuito de obter a realização de mastoplastia reducional não estética, por ser portadora de cervicgia e braquialgia mais a esquerda, agravados por hiperplasia mamária, ante a recusa do demandado em autorizar o procedimento cirúrgico. Porém, inconformada com a sentença, o demandado recorreu alegando que tal procedimento não está previsto no rol da Agência Nacional de Saúde Complementar. Foi mantida a sentença com base na Súmula 102 do Superior Tribunal de Justiça, a qual considera abusiva a negativa de cobertura de tratamento não previsto no rol da ANS quando existir pedido médico expresso, bem como outras normas constitucionais.

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pleito de realização de **cirurgia não estética – Paciente com cervicgia progressiva e braquialgia mais a esquerda, agravados por hiperplasia mamária, necessitando de Mastoplastia Reducional** – Sentença de procedência – Cabimento, à vista do bem jurídico tutelado, a vida – Decisão mantida – Reexame necessário, considerado determinado, e recurso voluntário não providos. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (Federal,

Estadual ou Municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no Art. 196 da Constituição da República.
(TJSP - Apelação nº 0953372-53.2012.8.26.0506 – Luis Ganzerla – Relator – 17/08/2015)

Com o levantamento e estudo das decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pode-se perceber que ele posiciona-se a favor da efetivação do direito à saúde, entendendo que se trata de dever constitucional solidário entre os entes federativos.

Observou-se também que o Poder Público não se escusa de cumprir seu dever constitucional de garantir o direito à saúde pela ausência de previsão do tratamento no rol da ANS – Agência Nacional de Saúde, deixando claro que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo busca garantir o direito à saúde.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos constatar que, após luta incessante pelo reconhecimento do direito à saúde, vimos que em diversas leis, tratados e até mesmo em nossa Carta Maior, foi previsto o Direito à Saúde como direito de todos e dever do Estado.

Em seguida, analisamos a Constituição Federal que, em seu bojo, traz em vários dispositivos a garantia ao Direito à Saúde, bem como, assegura que o Direito à Saúde é direito de todos sem distinção de qualquer natureza, e considerado como direito social, que é dever do Estado de forma solidária com os Entes Federados.

Vimos ainda, que após a segunda guerra mundial, houve uma nova concepção no que tange aos direitos humanos e ao direito à saúde no âmbito internacional.

O conteúdo do Direito à Saúde vai muito além do que a OMS define como saúde, pois podemos ver que a abrangência de tal direito, não se restringe somente à tutela de medicamento e tratamento. Podemos ver o tratamento diferenciado aos idosos, as crianças e aos adolescentes bem como às pessoas com deficiência.

Todavia, embora o texto constitucional trate de forma clara e objetiva que é dever do Estado e direito do Cidadão o Direito à Saúde, podemos ver que o Estado, de alguma forma ou de outra, tenta se esquivar de sua obrigação, mas o entendimento jurisprudencial tem sido determinante no que concerne à efetividade do Direito à Saúde.

Portanto, conforme descrevemos no último capítulo, o Direito à Saúde é bem mais do que aquilo que pensamos de forma objetiva, ou seja, remédio ou um simples tratamento. Temos vários julgados de diversas formas e entendimentos em que o

Estado tem o dever de garantir ao Cidadão o Direito à Saúde, a fim de fazer cumprir a Constituição Federal e outras leis infraconstitucionais.

Por fim, o Direito à Saúde e dever do Estado e Direito do Cidadão, não devendo este se conformar com a simples negativa do Estado em garantir o seu direito, devendo buscar junto ao Poder Judiciário direitos e garantias tutelados, pois, infelizmente, só assim poderemos ver nossos direitos sendo resguardados e cumpridos.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. O Sistema Único de Saúde (SUS) como Garantia Fundamental do Direito à Saúde no Brasil. In: SANTOS, Lenir. *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas-SP: Saberes Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 2007.

BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Abrangência do Direito à Saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado?* São Paulo: Revista do Movimento do Ministério Público Democrático – Ano IV – nº. 13, pag. 9, 2007.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração n. 000901-06.2010.8.26.0458/50001*, Relator Guerrieri Rezende, DJ 26.03.2012.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta Castilho. O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras. *Jus Navigandi*. Disponível em : <<http://jus.com.br/artigos/31144/o-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

COHN, Amélia. JACOBI, Pedro. KARSCH, Ursula e NUNES, Edilson. *A saúde como direito e como serviço*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

COSTA, Mônica Cristina da Costa. *A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado*. Paraná-PR, 2011.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES,

André Ramos (Coordenadores). *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

DALLARI, S. G. *A Constituição do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, 2009.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. *Rev. Saúde pública*, São Paulo, 1988. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101988000100008&script=sci_arttext> Acesso em 26 de fevereiro de 2015.

DIAS, Hélio Pereira. *Direitos e Obrigações em Saúde*. Brasília: ANVISA, 2002.

DUARTE, Clarice Seixas. *O duplo regime jurídico do direito à saúde na CF/88: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo*. Fortaleza: Pensar, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (Coordenadores). *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

HERNÁNDEZ, Eduardo Martínez. PERULLES, Luis Francisco García. CRESPO, Enrique Barón. *Tratado Del Derecho a la Protección de la Salud*. 2.^a edição. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2004.

LIMA, Nísia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: Uma História em Três Dimensões. In FINKELMAN, Jacobo. *Caminhos da Saúde Pública no Brasil*. Fiocruz: Rio de Janeiro, 2002. disponível em www.fiocruz.br/editora/media/04-CSPBO1.pdf acesso em 18/09/2007.

MELLO, Celso Albuquerque. A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas. In *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de direito da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENOZZI JÚNIOR, Moacir. *A tutela Jurisdicional Coletiva do Direito Social da Saúde*. Piracicaba, 2011.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Mutação social e jurídica: o direito quântico e a justiça social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4148, 9 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30777>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sartet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad. 1998.

RODRIGUES NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Rodrigo Zouain da. O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 96, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912>. Acesso em: 17 de maio de 2015.