

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

ANA LUCIA BROCHIER KIST

**SAÚDE, DIREITO DE TODOS, DEVER DO ESTADO
DA EFICÁCIA DA NORMA À TUTELA JURISDICIONAL**

PORTO ALEGRE
setembro de 2022

ANA LUCIA BROCHIER KIST

**SAÚDE, DIREITO DE TODOS, DEVER DO ESTADO
DA EFICÁCIA DA NORMA À TUTELA JURISDICIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero (UFRGS).

PORTO ALEGRE
setembro de 2022

CIP - Catalogação na Publicação

Kist, Ana Lucia Brochier
Saúde, direito de todos, dever do Estado: da
eficácia da norma à tutela jurisdicional / Ana Lucia
Brochier Kist. -- 2022.
84 f.
Orientador: Daniel Mitidiero.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Direito à saúde. 2. Tutela normativa. 3. Tutela
jurisdicional. 4. Adequação do processo. 5.
Antecipação da tutela. I. Mitidiero, Daniel, orient.
II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ANA LUCIA BROCHIER KIST
SAÚDE, DIREITO DE TODOS, DEVER DO ESTADO
DA EFICÁCIA DA NORMA À TUTELA JURISDICIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção de grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 11 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero – UFRGS
Orientador

Prof. Dr. Daisson Flach – UFRGS
Examinador

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos – UFRGS
Examinador

AGRADECIMENTOS

Iniciei o curso de Direito 28 anos depois de ter passado no vestibular para Jornalismo, profissão que exerço desde 1995. O ingresso nesta segunda profissão – sem sair da primeira – se deve, em grande parte, ao incentivo do Gilberto, meu marido. Foi ele que me encorajou a enfrentar o Enem, quase três décadas depois de ter concluído o ensino médio, para buscar, mais uma vez, uma vaga na UFRGS. A ele, agradeço por dividir as alegrias e tristezas da vida há 30 anos e pelo apoio nesta graduação. Beto, obrigada por estar sempre comigo.

Entrei na Faculdade em 2018, no mesmo ano que nossa filha, Anna, entrou na educação infantil. O começo dela foi o incentivo para o meu recomeço. A ti, Anna, agradeço por me ensinar a aprender todos os dias e por ser o melhor motivo quando preciso de motivação.

Por tudo que sou, agradeço aos meus pais, Júlia e Walter (*in memoriam*), que nos dedicaram o que tinham de melhor na vida. Junto de vocês e de minhas irmãs, Rosane e Roseli, e meu sobrinho, Augusto, encontrei o meu lugar. Vocês sempre estão lá e onde mais eu estiver.

Por todo esforço, amor e carinho que deixaram, agradeço aos meus avós (*in memoriam*), João Augusto e Nelcídia, João Hipólito e Vanina. Vocês continuam, e ainda me apoio em vocês.

À família que me acolheu, aqui representada por meus sogros Fiorindo (*in memoriam*) e Maria, minha cunhada Vera e minhas sobrinhas Evelyn e Brunna, agradeço o afeto.

Aos meus tios, Derli e Ofélia, agradeço por virem sempre que eu precisei. Vocês sabem o quanto é importante esta presença.

Agradeço aos colegas que se tornaram amigos: Elisa, Fernando, Isabel, Micael e Priscila.

Agradeço aos bons mestres que conheci, em especial ao meu orientador, Professor Daniel Mitidiero, pelo conhecimento compartilhado com amizade e cordialidade.

Agradeço à Vanessa, pela amizade de tantos anos e por me envolver na temática da saúde.

A abordagem do direito à saúde neste trabalho veio até mim para sintetizar duas áreas significativas na minha vida: o que vivi no Jornalismo e o que estou aprendendo no Direito.

À Anna Maggiore.

RESUMO

Analisa a tutela jurisdicional do direito à saúde a partir de uma leitura constitucional do processo civil. Busca entender a relação jurídica entre o indivíduo e o Estado a partir da eficácia da norma – a saúde é direito de todos e dever do Estado. Verifica como este direito pode se realizar por meio da adequação do processo, especialmente pela escolha da técnica processual. Utiliza abordagem metodológica indutiva apoiada em pesquisa bibliográfica e documental. Organiza a pesquisa em duas partes: tutela normativa do direito à saúde e tutela jurisdicional do direito à saúde. Na primeira parte, trata da proteção normativa do direito à saúde resgatando sua origem histórica como parte de um movimento internacional de criação e positivação dos direitos humanos, até chegar à sua estruturação enquanto norma. Recupera o movimento de reconhecimento do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. Reúne os principais dispositivos normativos que densificam a proteção do direito à saúde. Identifica a natureza de princípio no comando constitucional que posiciona o direito à saúde entre os direitos fundamentais sociais e verifica os efeitos desta classificação. A partir da aplicação do modelo lógico racional proposto por Alexy, realiza uma análise estrutural do artigo 196 da Constituição, identificando a relação jurídica entre o indivíduo, o Estado e o objeto da norma. Demonstra a dimensão subjetiva do direito à saúde. Localiza elementos que caracterizam o direito à saúde não apenas como um direito social, mas como um direito subjetivo, juridicamente apto a ser tutelado pela via jurisdicional. Avalia a posição do Estado na relação jurídica, identificando seu dever de realizar, por meio de prestações positivas, o direito à saúde. Aborda a eficácia normativa dos princípios avaliando a possibilidade de sopesamento entre o direito à saúde e outros princípios, concluindo que o direito à saúde admite ponderação apenas em relação a direitos de mesmo grau de importância, como o direito à vida. Na segunda parte, trata da proteção jurisdicional do direito à saúde por meio do processo civil estudando a justiça do processo sob a ótica constitucional e a atuação da tutela jurisdicional na realização do direito material. Estuda a concepção de processo justo, entendido como o processo que se volta à realização do direito material por meio de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Analisa o princípio da adequação do processo dimensionando a importância da tutela adequada para a realização do direito à saúde. Identifica a compatibilidade das tutelas satisfativas com a realização efetiva do direito à saúde. Aborda a técnica processual da antecipação da tutela e sua pertinência à tutela jurisdicional do direito à saúde. Conclui que a dimensão subjetiva do direito à saúde determina sua tutela jurisdicional independente de sopesamento de princípios; entre as técnicas processuais disponíveis, a antecipação da tutela se sobressai pela sua adequação, ao potencializar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Tutela normativa. Tutela jurisdicional. Adequação do processo. Antecipação da tutela.

ABSTRACT

This monograph analyzes the jurisdictional protection of the right to health from a constitutional reading of the civil process. It seeks to understand the legal relationship between the individual and the State, based on the effectiveness of the norm – health is everyone's right and the State's duty. It verifies how this right can be realized through the adequacy of the process, especially through the choice of adequate procedural technique. It uses an inductive methodological approach, supported by bibliographic and documental research. The monograph has two parts: normative protection of the right to health and jurisdictional protection of the right to health. In the first part, it investigates the normative protection of the right to health rescuing its historical origin as part of an international movement of creation and affirmation of human rights, until reaching its structuring as a norm. It recovers the movement of recognition of the fundamental right to health in the 1988 Brazilian Constitution. It brings together the main normative provisions that strengthen the protection of the right to health. It identifies the nature of principle in the constitutional command that places the right to health among the fundamental social rights and verifies the effects of this classification. From the application of the logical rational model proposed by Alexy, it performs a structural analysis of article 196 of the Brazilian Constitution, identifying the legal relationship between the individual, the State and the object of the norm. It demonstrates the subjective dimension of the right to health. It locates elements that characterize the right to health not only as a social right, but as a subjective right, legally able to be protected by jurisdiction. It evaluates the State's position in the legal relationship identifying its duty to fulfill, through positive actions, the right to health. It addresses the normative effectiveness of the principles evaluating the possibility of balancing between the right to health and other principles, concluding that the right to health admits weighting only in relation to rights of the same degree of importance, such as the right to life. The second part is dedicated to the jurisdictional protection of the right to health through the civil process, understanding the fair civil process from the constitutional point of view and the role of jurisdictional protection in the realization of the substantive right. It studies the conception of fair process, understood as the process that turns to the realization of the substantive right through an effective, adequate, and timely jurisdictional protection. It analyzes the principle of adequacy of the process measuring the importance of adequate protection for the realization of the right to health. It identifies the compatibility of satisfactory protections with the effective realization of the right to health. It crosses the procedural technique of the early protection and its pertinence to the jurisdictional protection of the right to health. It concludes that the subjective dimension of the right to health determines its jurisdictional protection, regardless of balancing principles; among the available procedural techniques, the early protection stands out for its adequacy, by enhancing the effectiveness and timeliness of the jurisdictional protection of the right to health.

Keywords: Right to health. Normative protection. Jurisdictional protection. Adequacy of Civil Process. Early protection.

LISTA DE ACRÔNIMOS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CNRS – Comissão Nacional da Reforma Sanitária

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CONASEMS – Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

CPC – Código de Processo Civil

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PNS – Pesquisa Nacional de Saúde

RE – Recurso Extraordinário

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
	PARTE I – TUTELA NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE	
	<i>Direito à saúde além do direito social – a eficácia do direito subjetivo.....</i>	<i>14</i>
2	DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO SUBJETIVO E TUTELA DOS DIREITOS.....	15
2.1	<i>Direitos humanos.....</i>	<i>15</i>
2.2	<i>Direitos fundamentais.....</i>	<i>16</i>
2.3	<i>Direito subjetivo.....</i>	<i>18</i>
2.4	<i>Tutela dos direitos.....</i>	<i>19</i>
3	DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO HUMANO.....	21
3.1	<i>Direito à saúde no Brasil.....</i>	<i>25</i>
4	DIREITO À SAÚDE ENQUANTO PRINCÍPIO.....	31
4.1	<i>Normas: princípios e regras.....</i>	<i>31</i>
4.2	<i>Direitos sociais.....</i>	<i>35</i>
5	DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO.....	38
6	DIREITO À SAÚDE E PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	42
6.1	<i>Restrições aos direitos fundamentais.....</i>	<i>43</i>
	PARTE II - TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE	
	<i>Direito à saúde no processo constitucional – a adequação pela técnica antecipatória.....</i>	<i>46</i>
7	A LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO.....	47
7.1	<i>A nova visão metodológica do processo.....</i>	<i>47</i>
7.2	<i>Do cientificismo europeu à leitura constitucional.....</i>	<i>50</i>
7.3	<i>O Código Buzaid e o processo anterior aos direitos humanos.....</i>	<i>51</i>
7.4	<i>A Constituição de 1988 e a resignificação do processo.....</i>	<i>52</i>
8	O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO.....	56
8.1	<i>O princípio da adequação do processo</i>	<i>58</i>
9	TIPOS DE TUTELAS E ADEQUAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE.....	60
9.1	<i>Tutelas satisfativas.....</i>	<i>60</i>
9.1.1	<i>Tutelas satisfativas contra o ilícito.....</i>	<i>60</i>
9.1.2	<i>Tutelas satisfativas contra o dano.....</i>	<i>61</i>
9.2	<i>Tutelas assegurativas.....</i>	<i>61</i>
9.3	<i>Um exercício de adequação na tutela do direito à saúde.....</i>	<i>61</i>
9.4	<i>Adaptabilidade das técnicas processuais ao direito material.....</i>	<i>62</i>
10	TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: ADEQUAÇÃO PELA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA.....	64
10.1	<i>Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015.....</i>	<i>65</i>
10.2	<i>Antecipação de tutela e tutela cautelar: a distinção entre o meio e o fim.....</i>	<i>66</i>
10.3	<i>A compatibilidade entre o fundamento da urgência e o direito à saúde.....</i>	<i>69</i>
10.4	<i>A irreversibilidade e o direito à saúde.....</i>	<i>72</i>
11	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
	REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é verificar a eficácia determinada pela dimensão subjetiva do direito à saúde e compreender a adequação da tutela jurisdicional deste direito material a partir de uma leitura constitucional do processo civil.

Buscamos entender qual a relação jurídica entre o indivíduo e o Estado a partir da incidência da norma – a saúde é direito de todos e dever do Estado – e como este direito pode se realizar por meio da adequação do processo, especialmente, pela escolha da técnica processual.

Adotamos a abordagem metodológica indutiva apoiada em pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa está organizada em duas partes: tutela normativa do direito à saúde e tutela jurisdicional do direito à saúde.

Na primeira parte, tratamos da proteção normativa do direito à saúde resgatando sua origem histórica como parte de um movimento internacional de criação e positivação dos direitos humanos, até chegarmos ao seu estabelecimento enquanto norma.

Iniciamos a pesquisa trazendo a história do direito à saúde a partir do segundo pós-guerra, quando encontramos a origem de sua classificação como direito humano, positivado como direito fundamental vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, recuperamos, na bibliografia e em documentos da época, o movimento de reconhecimento do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. Observamos a participação social na construção do texto normativo que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado.

No passo seguinte, reunimos os principais dispositivos normativos – constitucionais e infraconstitucionais – que densificam a proteção do direito à saúde e indicam como deve ser operacionalizada esta proteção por meio de um Sistema Único de Saúde público e universal.

Prosseguimos nosso percurso com a análise estrutural das normas constitucionais distinguindo regras de princípios. Neste ponto, percebemos a natureza de princípio no comando constitucional que posiciona o direito à saúde entre os direitos fundamentais sociais e verificamos os efeitos desta classificação.

A partir da aplicação do modelo lógico racional proposto por Alexy, realizamos uma análise estrutural do artigo 196 da Constituição, especificamente o núcleo do dispositivo normativo – a saúde é direito de todos e dever do Estado. Buscamos, com esta análise, identificar a relação jurídica entre o indivíduo, o Estado e o objeto da norma – o direito à saúde.

Com esta análise estrutural, visamos a demonstrar, no comando normativo constitucional, a dimensão subjetiva do direito à saúde. Aqui, localizamos elementos que caracterizam o direito à saúde não apenas como um direito social, mas como um direito subjetivo, juridicamente apto a ser tutelado pela via jurisdicional.

Ainda nesta análise do texto normativo, avaliamos a posição do Estado na relação jurídica e identificamos seu dever de realizar, por meio de prestações positivas, o direito à saúde.

Para encerrar a primeira parte do trabalho, abordamos a eficácia normativa dos princípios avaliando a possibilidade de sopesamento entre o direito à saúde e outros princípios. Percebemos que, independente da ponderação entre as normas, persiste a dimensão subjetiva do direito à saúde e a possibilidade de o indivíduo exigir, judicialmente, a prestação positiva do Estado.

Na segunda parte do trabalho, abordamos a proteção jurisdicional do direito à saúde por meio do processo civil. Estudamos a justiça do processo sob a ótica constitucional e a atuação da tutela jurisdicional na realização do direito material.

Partimos de dois pressupostos: que o Direito não é uma ciência fechada que possui todas as respostas dentro de si mesma; e que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para realizar o direito material.

Esta concepção admite que o Direito é um fenômeno jurídico que também é conformado pela cultura e pela história. Por isso, dedicamos parte deste estudo à evolução do processo em uma perspectiva histórica.

Em nossa pesquisa, buscamos compreender como chegamos à concepção de processo justo, entendido como o processo que se volta à realização do direito material por meio de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Nesta tarefa, nos apoiamos na contribuição doutrinária trazida por professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) buscando valorizar a produção local de conhecimento e a tradição jurídica de nossa instituição de ensino.

Assim, apresentamos o conceito de processo justo a partir da teoria do formalismo-valorativo – sabendo que a expressão foi reformulada, mas que suas bases teóricas influenciaram e ainda influenciam o pensamento jurídico no Brasil.

Após realizarmos um breve retrospecto sobre a história recente do processo civil no Brasil – delimitada, para fins de estudo, a partir da elaboração do Código de Processo Civil de 1973 –, abordamos a influência do constitucionalismo sobre a concepção do processo entendendo os institutos processuais sob a ótica do direito fundamental ao processo justo.

Neste ponto, nos dedicamos à compreensão do princípio da adequação do processo dimensionando a importância da tutela adequada para a realização do direito à saúde.

Em seguida, adotamos uma classificação das tutelas jurisdicionais a partir de sua natureza dividindo-as em tutelas satisfativas e tutelas assecurativas. Nesta análise, identificamos a compatibilidade das tutelas satisfativas com a realização efetiva do direito à saúde.

Por fim, nos voltamos ao estudo da técnica processual da antecipação da tutela e sua pertinência à tutela jurisdicional do direito à saúde. Percebemos, na antecipação da tutela fundada na urgência, a conjunção dos elementos que concretizam o princípio da adequação – a tutela que se molda ao direito material pretendido no tempo adequado para sua satisfação.

PARTE I – TUTELA NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE

Direito à saúde além do direito social – a eficácia do direito subjetivo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou, pela primeira vez na história do país, o direito à saúde como direito humano fundamental a ser tutelado pelo Estado.

O posicionamento do legislador brasileiro refletiu, na Constituição cidadã, transformações sociais, políticas e culturais que aconteciam, não só no Brasil, mas em âmbito internacional, influenciando a compreensão dos direitos. Este movimento consolidou a concepção de direito à saúde vinculado à dignidade da pessoa humana. A saúde é um direito fundamental que se manifesta na esfera individual como direito subjetivo, gerando um dever de prestação por parte do Estado.

Tomando apenas o primeiro parágrafo desta pequena consideração, mencionamos uma certa quantidade de categorias – constituição, república, federação, história, país, proteção, saúde, direito, direito humano, direito fundamental, direito subjetivo, tutela dos direitos, estado. Sabemos que, em um trabalho que se propõe a ser científico, recomenda-se o exame das principais categorias enfrentadas.

Seria um esforço desproporcional à proposta deste trabalho analisarmos todas estas categorias – e tantas outras que serão mencionadas –, mesmo admitindo que todas elas podem ser objeto de estudo das Ciências Jurídicas e Sociais. Entretanto, entendemos que é indispensável descrever algumas delas.

Vamos, então, eleger apenas as categorias que consideramos centrais para compreendermos tutela jurisdicional do direito à saúde no enfoque deste trabalho: direitos humanos, direitos fundamentais, direito subjetivo e tutela dos direitos.

2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO SUBJETIVO E TUTELA DOS DIREITOS

Os conceitos de direitos humanos, direitos fundamentais e direito subjetivo estão inter-relacionados.

2.1 Direitos humanos

A concepção de direitos humanos é uma construção histórica. Ao longo do tempo, a forma como as pessoas entendiam esta categoria de direitos foi influenciada por contextos culturais, políticos, econômicos e sociais.

A concepção que predomina hoje, na segunda década do século XXI, no Ocidente e, mais especificamente, no Brasil, é aquela que se propagou após a Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do século passado, a partir do reconhecimento internacional do que passamos a chamar de direitos humanos.

Retomando a evolução histórica dos direitos humanos, Barroso (2022) lembra que, até a Idade Média, a ideia de direitos humanos não fazia parte do pensamento convencional. O conceito contemporâneo foi delineado no início da Idade Moderna, ao final do século XV e início do século XVI. O autor cita, como movimentos originários deste entendimento, o Renascimento, o surgimento do Estado moderno, as grandes descobertas, a Reforma Protestante e a Revolução Científica, seguidos do Iluminismo no século XVIII.

Até então, observa Barroso (2022), a ideia de direitos humanos estava vinculada à ideia de jusnaturalismo – a qual teve, em Thomas Hobbes, um de seus precursores – e à ideia de direitos naturais identificados por John Locke como direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Estes direitos foram inscritos na Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, durante a Revolução Francesa. A partir de então, os direitos humanos passaram a ingressar nas Constituições dos países.

Os direitos positivados neste período histórico são os classificados como direitos de primeira geração, caracterizados, por Alexy (2008), como direitos de defesa do indivíduo em relação ao Estado. As declarações de direitos representam, para Bobbio (2004), a mudança de perspectiva que fez com que os homens, até então possuidores de deveres, passassem a ser vistos como indivíduos possuidores de direitos.

O significado atual de direitos humanos é o que está diretamente ligado à concepção de dignidade da pessoa humana, assim sintetizada por Barroso:

A dignidade humana identifica (i) o valor intrínseco de toda pessoa, significando que ninguém na vida é um meio para realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros; (ii) a autonomia individual – cada pessoa deve ter autodeterminação para fazer suas escolhas existenciais e viver o seu ideal de vida boa, assegurando um mínimo existencial que a poupe da privação de bens vitais; (iii) a limitação legítima da autonomia por valores, costumes e direitos de outras pessoas e por imposição normativa válida (valor comunitário). (BARROSO, 2022, p. 552).

Após a Segunda Guerra Mundial, este conceito foi incorporado na Carta das Nações Unidas, em 1945, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1948. Com o movimento do constitucionalismo, o conceito de dignidade da pessoa humana e os direitos humanos passaram a ser adotados no corpo ou no preâmbulo de várias constituições, a começar pela Alemanha em 1949.

2.2 Direitos fundamentais

O conceito de direitos fundamentais é uma decorrência dos conceitos de dignidade da pessoa humana e direitos humanos. Segundo definido por Barroso (2022, p. 553), os direitos fundamentais são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico: “significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade¹”.

A Constituição da República Federativa do Brasil dedica o Título II ao gênero garantias e direitos fundamentais, classificados em cinco grupos: direitos e deveres individuais e coletivos;

¹ O conceito de bloco de constitucionalidade refere-se a tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro nos termos do artigo 5º § 3º. (BARROSO, 2022).

direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos. (BRASIL, 1988). Conforme diferencia Lenza (2019, p. 1159), os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, ao passo que as garantias são os instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício dos direitos aludidos.

O artigo 5º, com 79 incisos, explicita os termos em que é garantida, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1988). A extensão e a quantidade de temas contemplados demonstram que a Constituição brasileira adota um modelo analítico de posituação dos direitos fundamentais.

As propriedades formais dos direitos fundamentais são determinadas por sua fonte, devendo estar presentes no texto constitucional ou no bloco de constitucionalidade, ou serem reconhecidos pela jurisprudência. As propriedades materiais são atribuídas pela proteção dos indivíduos em face do poder do Estado, pela participação nos procedimentos democráticos, pela igualdade jurídica e pela satisfação de certas necessidades básicas. (BARROSO, 2022, p. 554).

As dimensões formal e material das normas de direitos fundamentais, na teoria de Alexy (2008, p. 522), estão relacionadas à sua posição em relação às outras normas e à sua substancialidade. A fundamentalidade formal vem da posição que ocupam, no ápice do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Executivo e o Judiciário. Ao mesmo tempo, “direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.

O direito à saúde, objeto do nosso estudo, está formalmente inserido entre direitos e garantias fundamentais. O constituinte brasileiro colocou a saúde entre os direitos sociais, no Capítulo II do Título II (BRASIL, 1988). Como veremos adiante, o conteúdo material da norma confirma sua definição como direito social, e os direitos sociais são, materialmente, direitos fundamentais (ALEXY, 2008). Assim, o direito à saúde atende aos requisitos materiais e formais para ser reconhecido como um direito fundamental.

2.3 Direito subjetivo

Após comparar e discutir diferentes correntes teóricas, Reale (2002, p. 260) apresenta o seguinte conceito de direito subjetivo: “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”. Para o autor, o núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão, que está relacionada à exigibilidade de uma prestação ou ato de outrem. A pretensão conecta o modelo normativo e a experiência concreta.

Em doutrina mais recente, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020) definem direito subjetivo como uma posição jurídica ativa que qualifica determinada pessoa diante da ordem jurídica em função da incidência da norma jurídica. Nas palavras dos autores:

O direito subjetivo constitui uma vantagem atribuída a alguém em função da incidência de uma norma jurídica. Essa vantagem consiste em uma permissão jurídica específica de aproveitamento de determinado bem. Essa permissão para o aproveitamento de um determinado bem pode se realizar mediante uma prestação (um dar, um fazer ou não fazer) ou mediante uma sujeição (uma submissão a um poder de alterar unilateralmente a ordem jurídica). O direito subjetivo constitui o campo por excelência da proteção da liberdade na ordem jurídica. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 23).

No plano do direito material, o direito subjetivo se manifesta, por exemplo, na incidência da norma constitucional que atribui, a todos, o direito à saúde. O indivíduo assume, por efeito da incidência desta norma, uma posição jurídica ativa que lhe permite aproveitar um bem (um serviço ou produto de saúde) mediante uma prestação positiva do Estado – um fazer, que se traduz no fornecimento do produto ou serviço.

Assim como Reale (2002), Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020) absorvem a teoria que surgiu no século XIX, na Alemanha², para abordar a pretensão relacionada ao conceito de direito subjetivo. Os autores afirmam que “o direito subjetivo, quando exigível, constitui uma

² A pretensão foi identificada pela doutrina alemã com a *actio* romana na metade do século XIX. Posteriormente, foi incorporada no BGB alemão e no Código Civil Brasileiro. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 23).

pretensão, isto é, a possibilidade de exigir uma prestação fundada em direito subjetivo” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 23).

Prosseguindo com o exemplo examinado acima, podemos adiantar que o indivíduo, titular do direito à saúde, tem a pretensão de exigir do Estado a prestação que satisfaça o seu direito. Esta pretensão pode ser exercida por meio de ação judicial. Mais adiante, veremos, a partir da teoria de Alexy (2008), como é possível identificar esta relação por meio de modelos lógicos de análise da incidência da norma jurídica.

2.4 Tutela dos direitos

Um ponto de partida importante, neste trabalho, é a compreensão dos significados atribuídos à tutela dos direitos. Para isso, vamos distinguir tutela normativa de tutela jurisdicional.

A tutela normativa de um direito está relacionada ao reconhecimento, por parte do Estado, de que um direito existe e deve ser protegido. Assim, a inserção do direito à saúde como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro significa que este direito conta com a tutela normativa do Estado.

A tutela jurisdicional, por sua vez, envolve o acionamento da função jurisdicional do Estado na proteção de um direito juridicamente tutelado.

Sobre este conceito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 62) observam que “a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo”. Sem a jurisdição, seria impossível, ao Estado, dar tutela aos direitos fundamentais e “garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção”.

Nesta consideração dos autores, é possível identificar o emprego da palavra tutela nas duas acepções que estamos referindo: a tutela normativa e a tutela jurisdicional:

O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas em razão da sua relevância social e jurídica. Também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, XXXV, da CF). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020. p. 62).

Ao longo deste trabalho, vamos abordar os dois aspectos da proteção do direito à saúde.

Nesta primeira parte, vamos tratar da proteção normativa compreendendo como se dá a inscrição do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais protegidos pelo Estado e alguns de seus efeitos jurídicos.

Na segunda parte, os temas enfrentados dizem respeito à proteção jurisdicional compreendendo o que representa a tutela adequada, efetiva e tempestiva deste direito em cumprimento aos preceitos constitucionais do processo justo.

3 DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO HUMANO

Uma das contribuições teóricas mais relevantes para a compreensão integral dos direitos humanos como fenômeno histórico, cultural e jurídico foi trazida pelo italiano Norberto Bobbio.

O livro *A era dos direitos* foi lançado na Itália em 1990, sob o título *L'età dei diritti*. Mas os ensaios reunidos na publicação haviam sido escritos ao longo das três décadas anteriores, na forma de registros de aulas e conferências realizadas pelo filósofo. Embora o ensaio mais antigo inserido na coletânea seja de 1964, o primeiro escrito do autor sobre o tema foi em 1951, quando registrou uma aula sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem ministrada em Turim.

Esta cronologia nos mostra o quanto a obra de Bobbio esteve conectada com o momento histórico em que o debate sobre os direitos humanos se desenvolveu. Ainda que essa discussão estivesse mais ativa no hemisfério Norte, o livro de Bobbio foi traduzido e publicado pela primeira vez no Brasil em 1992, quatro anos após a promulgação da Constituição Federal. Percebe-se, portanto, que o tema dos direitos humanos também era foco de interesse nos debates nacionais.

A *Era dos direitos* apresenta os direitos do homem, democracia e paz como três momentos necessários do mesmo movimento histórico. Bobbio nos traz um retrospecto das fases dos direitos do homem na história, desde sua proclamação, passando por sua transformação em direito positivo pelos Estados até ocupar espaço no sistema internacional.

Do ponto de vista teórico, Bobbio (2004, p. 9) defende que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são “direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Uma síntese desta relação entre direitos do homem e história pode ser encontrada no seguinte trecho do autor:

Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. (BOBBIO, 2004, p.9).

Encontramos, nesta afirmativa, a indicação de que os direitos sociais trazem a determinação de uma ação positiva do Estado. Esta determinação repercute sobre a tutela do direito à saúde, como veremos em seguida. Por isso, as definições e a compreensão da evolução desta categoria de direitos ao longo da história nos ajudam a entender como a sociedade avançou nesta direção – até chegar à proteção do direito à saúde como direito inerente à pessoa humana – e o que isso representa do ponto de vista jurídico.

Quanto às categorias de direitos fundamentais, Bobbio apresenta a seguinte distinção: os direitos individuais tradicionais consistem em liberdades – exigem, da parte dos outros, obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os direitos sociais consistem em poderes – só podem ser realizados se impuserem, aos outros, obrigações positivas. Ambos, para o autor, são antinômicos: as liberdades dos indivíduos diminuem na medida em que aumentam os poderes.

Esta antinomia é uma das razões pelas quais Bobbio refuta a existência de fundamentos absolutos que tornem os direitos do homem inquestionáveis e irresistíveis. No lugar de buscar fundamentos absolutos, o autor recomenda que se busquem fundamentos possíveis. A problemática não estaria tão ligada à justificação dos direitos do homem, mas à proteção destes direitos, o que reflete mais uma questão política do que filosófica.

O motivo para esta espécie de desprezo pela necessidade de fundamentação dos direitos do homem é que, para Bobbio, esta questão já estava superada. Ele não estava

preocupado em saber quantos são e quais são esses direitos, qual sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos.

Bobbio acreditava que tinha uma resposta que ultrapassava todos esses problemas: “Entende-se que a exigência do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento” (BOBBIO, 2004, p.17).

O ponto central desta argumentação é que a única prova de que um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, para tanto, reconhecido, é o consenso de sua validade.

Esta proposição é um dos apoios teóricos possíveis à posição juridicamente tutelável do direito à saúde. A proteção da saúde como um direito humano fundamental se deve, antes de tudo, ao reconhecimento de sua validade, a partir do momento em que este consenso está formalmente expresso na Constituição. Mais adiante, veremos como esta ideia dialoga com a teoria da eficácia constitucional e a teoria da efetividade.

Para Bobbio, a problemática do fundamento dos direitos humanos foi solucionada, historicamente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O autor considerava que esta tinha sido a “maior prova histórica, até então, do *consensus omnium gentium*³ sobre um determinado sistema de valores” (BOBBIO, 2004, p.18).

A importância deste marco, no entendimento de Bobbio, foi a aceitação expressa de um sistema de princípios fundamentais da conduta humana, universalizando, de fato, um sistema de valores universal.

A partir dali, Bobbio afirmou que seria possível ter a certeza histórica de que a humanidade partilha alguns valores comuns, no sentido em que “universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens” (BOBBIO, 2004, p.18).

³ *Consensus omnium gentium* – a expressão, em latim, significa assentimento de todos; opinião generalizada. Tradução livre da autora.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos utiliza expressões como “dignidade inerente a todos os membros da família humana”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais do homem”, “dignidade e valor da pessoa humana” para embasar os direitos declarados como “humanos”, os quais constituem um “ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações” (ONU, 1948). Em 30 artigos, a declaração lista os direitos que, de forma genérica, materializam estas expressões.

No artigo 1º, a declaração afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Bobbio identifica, nesta afirmação, um “eco” da hipótese – abandonada – do estado de natureza teorizado por John Locke: o verdadeiro estado do homem não é o civil, mas o natural, no qual todos os homens são livres e iguais. O autor aponta, ainda, um “eco” do contrato social de Rousseau, onde também se localizava a ideia de que o homem nasce livre.

A observação de Bobbio é que se trata de “ecos” porque “os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais”, referindo-se a um nascimento ou natureza ideais que os jusnaturalistas teriam em mente. Para o autor, “a liberdade e igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser” (BOBBIO, 2004, p. 18).

Ao mesmo tempo em que ressalta sua importância histórica para a expressão da validade dos direitos humanos, Bobbio reconhece que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é limitada quanto à sua eficácia, na medida em que representa teorias filosóficas que podem servir como propostas para um futuro legislador. Os direitos declarados teriam sido, então, o ponto de partida para a instituição de um sistema de direitos positivos ou efetivos.

Para o que interessa ao direito à saúde, a Declaração adquire importância porque o situa, expressamente, na categoria dos direitos humanos, fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa humana. O artigo 25 preconiza que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar” (ONU, 1948).

O movimento declaratório de caráter universal dos direitos humanos teve uma manifestação voltada especificamente para a saúde na declaração de constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), fundada em abril de 1948. O documento, elaborado em

1946, afirma que todo ser humano possui o direito de ter o melhor estado de saúde possível e define que “a saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). Esta definição permanece em vigor e, em grande medida, orienta ações e serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.

3.1 Direito à saúde no Brasil

A defesa do direito à saúde – enquanto direito fundamental – no Brasil se fortaleceu a partir da década de 1980 com o movimento da Reforma Sanitária e a redemocratização.

O ápice deste movimento aconteceu em 1986, durante a 8ª Conferência Nacional da Saúde. Pela primeira vez, desde 1937, quando Getúlio Vargas criou as Conferências⁴, o encontro foi aberto à participação dos cidadãos. Mais de quatro mil pessoas se reuniram no Ginásio Nilson Nelson, em Brasília, na maior mobilização social em defesa da saúde registrada até então. (CONASS, 2009; CNS, 2022).

Antes do encontro nacional, foram realizadas pré-conferências nos estados. Entre os participantes da Conferência, em Brasília, havia mil delegados com direito a voz e voto (BRASIL, 1986), algo sem precedentes na história da participação social em saúde.

A leitura do relatório da Conferência possibilita-nos reconstituir a gênese histórica do direito à saúde na Constituição de 1988, evidenciando a participação popular na redação do texto constitucional durante a Assembleia Constituinte.

O documento aprovado em plenária sintetizou as discussões realizadas por 135 grupos de trabalho, cuja pauta contemplava a saúde como direito, a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e o financiamento do setor. O relatório final afirma que o processo “altamente participativo, democrático e representativo” permitiu um alto grau de consenso, e que houve

⁴ Quando foram instituídas, em 1937, as Conferências de Saúde estavam vinculadas ao Ministério da Educação e Saúde. Até 1953, quando foi criado o Ministério da Saúde, não havia uma pasta específica no Governo Federal para a gestão da saúde. As Conferências de Saúde eram abertas apenas à participação de autoridades do Governo Federal, dos estados e do território do Acre. Embora houvesse uma determinação de que fossem realizadas a cada dois anos, entre 1950 e 1963, houve um intervalo de 13 anos sem a realização de nenhuma conferência. (CONASS, 2009).

“uma unidade quanto ao encaminhamento das grandes questões, apesar da diversidade de propostas quanto às formas de implementação” (BRASIL, 1986, p. 1).

O relatório enfatizou que as modificações no setor de saúde precisavam transcender os limites de uma reforma administrativa e financeira, e que se exigia uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional. A reivindicação, neste ponto, defendia a implantação da reforma sanitária – movimento que tinha começado na década de 1970.

Em linhas gerais, as propostas da 8ª Conferência representavam um projeto de ruptura, não apenas com o que existia enquanto sistema de saúde, mas com o modelo político e econômico vigente no país. A começar pelo conceito de saúde, que acolhia direitos de diversas naturezas buscando atingir a forma de organização da produção, o que extrapolava até mesmo a definição da Organização Mundial da Saúde:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (BRASIL, 1986).

Entre as proposições, encontram-se, no tópico 13, a preconização da saúde como direito de todos e dever do Estado, a caracterização dos serviços de saúde como públicos e essenciais e as bases para os princípios da igualdade e universalidade, que viriam a ser incorporados pelo Sistema Único de Saúde.

13- É necessário que se intensifique o movimento de mobilização popular para garantir que a Constituinte inclua a saúde entre as questões que merecerão atenção prioritária. Com esse objetivo a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde deverá ser deflagrada uma campanha nacional em defesa do direito universal à saúde, contra a mercantilização da medicina e pela melhoria dos serviços públicos, para que se inscrevam na futura Constituição:

– A caracterização da saúde de cada indivíduo como de interesse coletivo, como dever do Estado, a ser contemplado de forma prioritária pelas políticas sociais;

[...]

(BRASIL, 1986).

As recomendações aprovadas durante a 8ª Conferência Nacional da Saúde orientaram o trabalho da Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), composta por representantes de sete ministérios⁵, pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e representantes das comissões de Saúde da Câmara dos Deputados e do Senado. O grupo reunia, ainda, entidades de classes representantes de trabalhadores e profissionais de saúde, movimentos sociais, confederações patronais e representantes dos provedores privados de serviços de saúde. (CONASS, 2009).

Grande parte das proposições da 8ª Conferência Nacional da Saúde e da Comissão Nacional da Reforma Sanitária, que a sucedeu, foi acatada pelo constituinte e inserida na Constituição. O direito universal à saúde está expresso no 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).

No artigo 6º, a saúde é listada como um dos direitos sociais, ao lado de educação, trabalho e moradia:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

A extensão do direito à saúde a todos, indistintamente, representou uma mudança no paradigma de cobertura dos serviços de saúde que, até então, eram privados ou restritos aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Antes da Constituição de 1988, os trabalhadores que recebiam atendimento do sistema público de saúde, vinculados à Previdência Social, somavam 30 milhões de pessoas. (BRASIL, 2022). Em 1980, a população do Brasil era de 119 milhões de habitantes. (BRASIL, 1980).

⁵ Os ministérios que integraram a Comissão Nacional de Reforma Sanitária foram: Saúde (MS), Previdência e Assistência Social (MPAS/Inamps), Trabalho (MTb), Desenvolvimento Urbano (MDU), Planejamento (Seplan), Ciência e Tecnologia (MCT) e Educação e Cultura (MEC/SESU). (CONASS, 2009).

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da universalização, fazendo com que todos os brasileiros passassem a ser titulares do direito à saúde. Vejamos o anúncio no portal eletrônico do Ministério da Saúde:

A saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar esse direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais. (BRASIL, 2020).

Atendendo ao comando constitucional, o Estado organizou o Sistema Único de Saúde (SUS) como um conjunto de ações e serviços de saúde descentralizados, que podem ser prestados pela administração direta ou indireta da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios. Segundo dados da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2019, 69,8% da população brasileira procuraram atendimento na rede pública de saúde. (BRASIL, 2020).

A estrutura e o modelo operacional do SUS estão regulamentados pela Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080 –, aprovada em 1990 (BRASIL, 1990), logo após a entrada em vigor da Constituição Federal.

O artigo 2º da Lei 8.080 estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano, e que o Estado deve prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Com esta afirmação, no *caput* do dispositivo normativo, o legislador reitera, formalmente, a classificação do direito à saúde como direito fundamental.

No parágrafo primeiro do artigo 2º, o texto reafirma o dever do Estado de garantir a saúde especificando em que consiste esta atribuição – formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

A igualdade, referida na Lei, não significa que todos receberão as prestações na mesma proporção. Embora a legislação estabeleça que todas as pessoas possuem direito aos serviços, o princípio da equidade que vigora no SUS pressupõe que “as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os

desiguais, investindo mais onde a carência é maior” (BRASIL, 2022). Baseada neste princípio, a organização do SUS prevê que o sistema atue na diminuição das desigualdades.

Ao elencar diretrizes norteadoras do Sistema Único de Saúde, a Lei 8.080 repete, entre os princípios do SUS, a universalidade já prevista na Constituição, assegurando o acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência. Na prática, esta abrangência implica, simultaneamente, todas as esferas federativas, uma vez que a prestação dos serviços se dá de forma descentralizada e, ao mesmo tempo, regionalizada e hierarquizada.

Desta forma, o usuário pode ser atendido pelo SUS em serviços prestados pelo município, pelos estados e Distrito Federal e pela União. Como consequência, a relação jurídica entre o titular do direito subjetivo à saúde e o Estado prestador pode ocorrer entre o indivíduo e qualquer um dos entes federados⁶.

O princípio da integralidade da assistência é definido pela Lei 8.080 como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema. Aqui, mais uma vez, a concretização do direito à saúde pode envolver diferentes esferas da administração pública para que um mesmo caso tenha resolutividade de uma ponta à outra do sistema.

Pela perspectiva do usuário, o princípio da integralidade pressupõe, também, uma resposta qualificada do Sistema às necessidades do indivíduo. Apoia-se, neste princípio, a compreensão integral – e não parcial – do ser humano. Costa (2022) afirma que a integralidade pode se manifestar de diferentes formas sob a ótica do usuário do SUS, exigindo que o serviço reconheça a variedade completa de necessidades da pessoa, sejam elas orgânicas, psíquicas ou sociais.

⁶ Em decisão na STA n. 175 de 2009, reiterada no julgamento do RE 855178, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a tese de que há responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, e que, nas demandas judiciais, o polo passivo pode ser composto por qualquer um dos entes, isoladamente ou conjuntamente. (BRASIL, 2019).

A página do Ministério da Saúde na internet⁷ assim define o princípio da integralidade:

Este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio da integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos. (BRASIL, 2022).

A expressão “atendendo a todas as suas necessidades”, por seu caráter impreciso, poderia gerar, no usuário, a expectativa de que não há limites para o atendimento oferecido pelo SUS, desde que, do ponto de vista subjetivo, determinada demanda seja considerada necessária. Entretanto, é preciso considerar que na aplicação deste princípio pelo SUS, os limites são postos pelo orçamento público, pela legislação infraconstitucional e por atos administrativos normativos.

Como vimos, o ordenamento jurídico brasileiro possui normas positivadas que afirmam a existência do direito à saúde. A Constituição o define como direito fundamental social, colocando o enunciado do artigo 6º – formalmente e materialmente – na categoria de princípio. No próximo tópico, estudamos a tipologia normativa destes dispositivos.

⁷ O conteúdo pode ser visualizado em <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus-estrutura-principios-e-como-funciona>.

4 DIREITO À SAÚDE ENQUANTO PRINCÍPIO

A compreensão sobre a tipologia das normas é determinante para a eficácia dos comandos normativos, porque a estrutura das normas – e sua classificação como regra ou princípio – repercute na forma como seu campo de aplicação pode ser delimitado.

4.1 Normas: princípios e regras

Utilizamos a conceituação de princípios e regras proposta por Ronald Dworkin, admitindo que é uma das abordagens possíveis e, como qualquer teoria, não é absoluta e está sujeita a oposições e superações.

A teoria de Dworkin ganhou notoriedade pela contraposição às teses positivistas na teoria do Direito. Em 1967, o jurista publicou, nos Estados Unidos, o artigo O modelo de regras I, no qual atacava a teoria de H.L.A Hart. Em 1977, o artigo compôs o livro Levando os direitos sério, traduzido e publicado no Brasil em 2002. Os debates em torno das ideias de Dworkin aconteceram no mesmo período histórico abrangido por grande parte dos ensaios publicados por Bobbio.

O autor norte-americano e o autor italiano tinham, em comum, a convicção de que o jusnaturalismo não era capaz de explicar os fundamentos para os direitos humanos. Entretanto, as teses alternativas apresentadas por ambos eram diferentes entre si.

Bobbio, como vimos, afirmava que a validação dos direitos do homem está no consenso, e que a busca de um fundamento para esses direitos estaria superada. Por sua vez, Dworkin defendeu que só é possível entender o direito entendendo seus fundamentos.

Dworkin demonstra que princípios diferem de regras e políticas, e que estas diferenças são identificadas no âmbito de sua aplicação, sua dimensão e sua validade.

Política é definida como o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Aprofundando a distinção entre políticas e princípios, o autor explica:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. (DWORKIN, 2002, p. 141).

Segundo Dworkin, as regras, assim como os princípios, são compostas por padrões que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas. No entanto, há uma diferença de natureza lógica entre os dois. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Os princípios, para Dworkin, possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. A solução, quando ocorre a sobreposição de dois princípios, deve levar em conta a força relativa de cada um. Os princípios entram em conflito e interagem uns com os outros, “de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula” (DWORKIN, 2002, p. 114).

As regras, por outro lado, são funcionalmente importantes ou desimportantes:

Uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante do que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se as duas estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. (DWORKIN, 2002, p. 43).

Dworkin adverte que, pela forma, nem sempre é possível identificar com clareza se um padrão é uma regra ou um princípio. Outras vezes, regras e princípios podem desempenhar funções semelhantes, e a diferença entre eles está na forma. Ambos – os princípios e as normas – são juridicamente vinculantes para os agentes públicos. (DWORKIN, 2002).

Assumindo que princípios e regras são normas, vamos observar, na Constituição de 1988, que o legislador situou a saúde tanto em enunciados normativos que constituem regras quanto em enunciados normativos que constituem princípios.

Em uma análise do emprego da palavra saúde no texto constitucional, Vilaça e Rey Filho (2018) encontraram 187 ocorrências deste vocábulo. Entre os 250 artigos da Constituição, os autores localizaram 23 artigos que versam sobre saúde, os quais foram classificados, na pesquisa, em três tipos de categorias: informação e direito à saúde; direitos e deveres dos trabalhadores; organização, intersectorialidade e financiamento do setor saúde.

A pesquisa não analisou a tipologia das normas quanto à sua classificação entre normas ou princípios. Ainda assim, a quantidade de empregos da palavra saúde em diferentes grupos de dispositivos nos indica a multiplicidade de sentidos empregados na redação legislativa. Esta diversidade demonstra a necessidade da aplicação da hermenêutica para que o conteúdo destas normas possa ser extraído.

Quando aplicamos uma interpretação sistemática à Constituição, identificamos a existência de uma relação entre a saúde e outros valores fundamentais, notadamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida.

Em artigo que aborda a relação entre direito à saúde e direito à vida na Constituição de 1988, Leopoldino, Esquivel e Dal Bosco (2016. p. 279) afirmam que o direito à saúde é um direito fundamental incluído na mesma categoria jurídica do direito à vida, constituindo um “direito absoluto, irrenunciável, intransmissível e indisponível”, e que “a vida e a saúde são os bens jurídicos mais essenciais da existência humana”.

Aceitando a definição de Dworkin, de princípios como proposições que descrevem direitos, o artigo 196, quando prescreve que “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, enquadra-se na categoria dos princípios. Seguindo uma característica peculiar das normas que tratam de princípios, seu enunciado é de natureza aberta, por apresentar um certo grau de imprecisão.

Esta não é uma particularidade da carta constitucional brasileira. Na primeira década deste século, antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o

alemão Robert Alexy demonstrava a preocupação com a interpretação dos direitos fundamentais na Constituição da República Federal da Alemanha. Na introdução do livro *Teoria dos direitos fundamentais*, publicado pela primeira vez em 1986, o teórico apresentou algumas motivações para sua dedicação ao tema:

Fala-se em “fórmulas lapidares e máximas, que, em si mesmas, são desprovidas de um conteúdo inequívoco”, em “estilo taquigráfico”, em “aglomeração de cláusulas gerais e conceitos maleáveis”, em ausência de “suficiência conceitual” e em “fórmulas vazias, sob as quais quase qualquer fato pode ser subsumido”. Em uma análise mais detida, é necessário diferenciar entre disposições de direitos fundamentais mais, ou menos, abertas, mas, em geral, é verdade que o catálogo de direitos fundamentais junto com os demais regramentos materiais da Constituição, sobretudo as disposições sobre os fins e a estrutura do Estado, são, no sistema jurídico da República Federal da Alemanha, as “estruturas normativas de menor densidade regulatória”. (ALEXY, 2008, p. 26).

O autor alemão observa que a abertura não é a única explicação para a controvérsia sobre os direitos fundamentais. A razão para as discussões é a falta de consenso sobre o objeto regulado: “o catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (ALEXY, 2008, p. 26).

O esforço de Alexy para revelar os princípios e valores contidos nas normas resultou na elaboração de uma teoria sobre os direitos fundamentais, adotando, como Dworkin, uma distinção entre regras e princípios.

No entanto, para Alexy, a distinção é inerente à própria estrutura das normas jurídicas – regras são normas cogentes e determinantes de conduta, e princípios são comandos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

Se, para os princípios, Alexy admite que a realização esteja condicionada às possibilidades jurídicas e fáticas, para as regras, a satisfação deve atender exatamente o que é

exigido: “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91). Para o jurista, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível.

O resultado desta distinção se reflete na solução dos conflitos entre normas. Quando duas regras entram em conflito entre si e não é possível utilizar uma cláusula de exceção, uma das regras deve ser declarada inválida. Já a solução para conflitos entre princípios é diversa. Conforme a teoria de Alexy, se dois princípios forem incompatíveis, um dos dois deve ceder – o que não significa que este seja inválido ou que deva ser aplicada uma cláusula de exceção.

A justificativa, segundo o autor, está na precedência que um princípio tem sobre o outro em determinadas condições. Se mudarem as condições, a solução da precedência pode ser oposta.

4.2 Direitos sociais

Alexy (2008) associa os direitos fundamentais sociais aos direitos a prestações em sentido estrito. São direitos em face do Estado que o indivíduo poderia obter de particulares se dispusesse de meios financeiros suficientes. O direito à saúde, objeto do nosso estudo, se encaixa na definição de direito fundamental social de Alexy e foi expressamente caracterizado como tal, ao ser inserido no Capítulo II da Constituição, que elenca os direitos sociais. (BRASIL, 1988).

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy diferencia as normas de direitos fundamentais sociais das demais normas atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais por três critérios: podem ser normas que garantam direitos subjetivos ou que apenas obriguem o Estado de forma objetiva; podem ser normas vinculantes ou não vinculantes (enunciados programáticos); podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*⁸.

⁸ Os direitos *prima facie*, para Alexy, são os que poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. (ALEXY, 2008).

Alexy destaca que a proteção mais intensa é aquela das normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações, enquanto a proteção mais fraca vem das normas não vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.

Do ponto de vista substancial, Alexy difere as normas de direitos fundamentais sociais entre as que possuem conteúdo minimalista e as de conteúdo maximalista: “o programa minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimo⁹, ou seja, aquilo que é chamado de direitos mínimos e pequenos direitos sociais” (ALEXY, 2008, p. 502). O programa maximalista se refere a uma realização completa dos direitos fundamentais.

Percebe-se, na Constituição de 1988, a intenção do legislador de compor um conteúdo maximalista ao direito à saúde, que ultrapassa a ideia de espaço vital mínimo ou status social mínimo. Esta intenção se reflete no artigo 196, na determinação de que a saúde seja garantida 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).

Verifica-se, ainda, o conteúdo maximalista do direito à saúde a partir das atribuições do Sistema Único de Saúde, contidas no artigo 200 da Constituição – atribuições relacionadas a: fiscalização e produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; ações de vigilância sanitária e epidemiológica e saúde do trabalhador; formação de recursos humanos na área da saúde; ações de saneamento básico;

⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil destina o Capítulo II para a positivação dos direitos sociais. Em relação à Alemanha, Alexy observa que a Constituição (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha) de 1949 não contém, expressamente, enunciados normativos destinados aos direitos fundamentais sociais. No entanto, a Constituição alemã reúne elementos objetivos que possibilitam a interpretação voltada à garantia de um patamar mínimo de igualdade fática. O conceito de patamar mínimo, convalidado pelo Tribunal Constitucional alemão, influenciou parte da doutrina jurídica brasileira, que passou a teorizar o tema a partir de um conceito de mínimo existencial – conjunto dos direitos sociais mínimos para se garantir a dignidade humana. A tese do mínimo existencial foi incorporada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), pela primeira vez, na ADPF 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Para parte da doutrina nacional, esta teoria, ao invés de proteger os direitos fundamentais, representa um retrocesso na implementação constitucional do direito à saúde no Brasil, por limitar as prestações do Estado à satisfação de uma condição mínima. (ALEXY, 2008; BARROSO, 2002; CUNHA, 2018).

desenvolvimento científico, tecnológico e inovação; fiscalização e inspeção de alimentos; controle e fiscalização de produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

Além de frisar que o acesso deve ser universal e igualitário, o comando constitucional determina ao Estado que ofereça ações e serviços não apenas curativos, mas que sejam contempladas, de forma integral, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. A Constituição não apenas determina que o Estado garanta a saúde, como estabelece de que forma esta proteção deve ser estruturada, envolvendo a participação de todos os entes federados na gestão e no financiamento de um Sistema Único de Saúde, impondo, inclusive, o respeito a parâmetros percentuais mínimos para este investimento¹⁰.

Em suma, a Constituição de 1988 determina que o Estado, diga-se a administração pública, tem o dever de concretizar o direito à saúde. A Constituição também informa que este direito deve ser realizado por meio do serviço público, diretamente ou através de terceiros, permitindo a complementação pela iniciativa privada (BRASIL, 1988). No artigo 197, o legislador se referiu a serviços de relevância pública prestados pela iniciativa privada, em uma forma indireta de prestação, com financiamento do Estado.

No artigo 199, a Constituição torna a assistência à saúde livre à iniciativa privada e estabelece que as instituições privadas podem participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde mediante contrato público ou convênio. Aqui, novamente, a participação da iniciativa privada é aquela que se dá no âmbito do dever do Estado de prestar o serviço: por meio de convênio ou contrato, o Estado adquire os serviços do prestador privado para atender os usuários do SUS.

A atuação direta da iniciativa privada, por meio de serviços privados ou planos de saúde pagos pelos usuários, constitui a saúde suplementar, regulamentada pela Lei 9.656 de 1998 e pela Lei 9.961 de 2000. (BRASIL, 1998; 2000).

¹⁰ O artigo 198 da Constituição estabelece que há percentuais mínimos a serem empregados no financiamento da saúde. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados por critérios constitucionalmente definidos. Para a União, a Constituição define o mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. (BRASIL, 1988).

5 DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO

A teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy fornece modelos lógicos de dedução, a partir dos quais é possível analisar a estrutura dos enunciados normativos, identificando relações entre os sujeitos e o objeto da norma. O autor adota o conceito de norma como aquilo que um enunciado normativo expressa.

Os modelos são compostos por fórmulas que nos ajudam a identificar, a partir de uma análise lógica, o direito à saúde como posição juridicamente tutelável, o usuário como titular de um direito subjetivo e o Estado como prestador deste direito, na posição de destinatário da norma.

A estrutura básica de um enunciado sobre direito a algo, nos modelos de Alexy, é a seguinte:

(1) **a** tem, em face de **b**, um direito a **G**. (ALEXY, 2008, p. 193 - 194).

Neste enunciado, o teórico apresenta uma situação em que um direito a algo é compreendido como uma relação triádica, com os seguintes elementos:

a – o titular do direito;

b – o destinatário do direito;

G– o objeto do direito.

A relação triádica é representada por **R**. A forma geral do enunciado sobre um direito a algo pode ser expressa da seguinte maneira:

(2) **R a b G**

Alexy ressalta que, deste esquema básico, podem decorrer resultados diferentes dependendo dos elementos colocados no lugar de **a**, **b** e **G**. O autor afirma que, em qualquer situação, “o objeto do direito a algo é sempre uma ação do destinatário”. A ação do destinatário pode ser negativa (abstenção) ou positiva (um fazer). (ALEXY, 2008, p. 194).

Os direitos a ações negativas são chamados, por Alexy, de direitos de defesa. Nas relações em que o titular do direito subjetivo é o cidadão e o destinatário é o Estado, o autor divide as ações estatais negativas em três grupos: direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. (ALEXY, 2008).

Em direitos a ações estatais positivas que o cidadão tem contra o Estado, o objeto pode ser de dois tipos: uma ação fática ou uma ação normativa. Alexy observa que “quando se fala em direitos a prestações, faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas”. Estes direitos são designados como “direitos a prestações em sentido estrito”. Os direitos a ações positivas normativas são chamados de “direitos a prestações em sentido amplo” (ALEXY, 2008, p. 202-203).

Propomos, agora, um exercício prático de aplicação do modelo básico de Alexy ao comando normativo expresso pelo artigo 196 da Constituição. No trecho do dispositivo normativo **a saúde é direito de todos e dever do Estado**, encontramos os seguintes elementos:

(1) **a** (*todos*) tem, em face de **b** (*Estado*), um direito a **G** (*saúde*).

Neste enunciado, a relação triádica é formada pelos seguintes elementos:

a – o titular do direito – todos os brasileiros;

b – o destinatário do direito – o Estado;

G – o objeto do direito – saúde.

A forma geral do enunciado sobre um direito à saúde, em que a relação triádica é representada por **R**, pode ser expressa da seguinte maneira:

(2) **R a** (*brasileiros*) **b** (*Estado*) **G** (*saúde*).

Identificamos, a partir do modelo, os brasileiros (no caso concreto, cada um dos indivíduos) como titulares do direito subjetivo de obter, por parte o Estado, a prestação de uma ação positiva que satisfaça o direito à saúde.

Ao testarmos a teoria de Alexy no enunciado normativo do artigo 196, confirmamos, de forma lógica, a posição juridicamente tutelável do direito à saúde enquanto um direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado. Estas posições são relevantes para a eficácia normativa da norma e para a aplicação do direito processual na tutela do direito material.

Em relação ao direito subjetivo decorrente dos direitos fundamentais, Alexy (2008, p. 445) observa que todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. “Sempre que houver uma relação constitucional deste tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente este direito”.

Uma das abordagens de Alexy sobre a dogmática dos direitos fundamentais foca na relação entre o conceito de direito e os conceitos de dever e de liberdade a partir da lógica deôntica – lógica do dever ser ou lógica normativa.

Alexy (2008, p. 205) explica que enunciados deônticos são construídos com o auxílio dos conceitos de dever, de proibição e de permissão. Por exemplo:

- (1) É obrigatório que **a** expresse sua opinião.
- (2) É proibido que **a** expresse sua opinião.
- (3) É permitido que **a** expresse sua opinião.

O contraposto do enunciado deôntico é o enunciado declarativo, que, no exemplo acima, teria a seguinte forma:

- (4) **a** expressa sua opinião.

O autor fornece um quinto exemplo, que permite fazer uma comparação estrutural:

- (5) É o caso que **a** expresse sua opinião.

Com esta comparação, Alexy quer demonstrar que existe uma diferença no modo¹¹. Os enunciados deônticos e os declarativos possuem o mesmo conteúdo descritivo, ou o mesmo radical do enunciado: (...) que **a** expresse sua opinião. No entanto, nos enunciados (1), (2) e (3), o radical possui um modo deôntico; no enunciado (5), um modo indicativo.

¹¹ Alexy utiliza o termo *modus*, que estamos livremente traduzindo para modo.

Alexy concebe os conceitos deônticos como modalidades deônticas, cujos operadores são de dever, de proibição e de permissão. Os três operadores podem ser definidos reciprocamente.

Dever e permissão podem ser definidos reciprocamente como: se é obrigatório fazer algo, significa que não é permitido não o fazer.

Permissão e proibição podem ser definidas reciprocamente como: se é proibido fazer algo, significa que não é permitido fazê-lo.

Alexy considera que, para a teoria dos direitos fundamentais, há um interesse especial sobre o conceito de permissão: “se se aceitam as definições apresentadas, que correspondem ao sistema padrão da lógica deôntica, a permissão consiste na negação da proibição (ALEXY, 2008, p. 206)”. Esse conceito de permissão é relativamente fraco, segundo o autor:

O que é permitido no sentido de não proibido pode ser obrigatório. Quem defende a concepção de que o exercício de um direito é, ao mesmo tempo, um dever, aponta essa vinculação entre permissão e dever. O que esse conceito não abarca é a ausência tanto de uma proibição quanto de uma obrigação. (ALEXY, 2008, p. 206).

A negação da proibição pode ser interpretada como permissão de um fazer (permissão positiva); a negação do dever pode ser interpretada como a permissão de uma abstenção (permissão negativa). A conjunção das permissões positiva e negativa é uma posição composta, designada por Alexy como faculdade. (ALEXY, 2008, p. 206).

Se aplicarmos esta lógica ao dispositivo normativo do artigo 196, **a saúde é direito de todos e dever do Estado**, positivamente, a partir da definição recíproca do operador deôntico de dever, temos que: se é obrigatório satisfazer o direito à saúde, significa que não é permitido não o satisfazer. Assim, satisfazer o direito à saúde com prestações positivas não é uma faculdade do Estado. Não há, no enunciado da norma, uma permissão (no sentido de não ser obrigatório). Há, outrossim, um comando forte de dever: a Constituição diz que o Estado não tem permissão para deixar de prestar o direito à Saúde.

6 DIREITO À SAÚDE E PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A partir da positivação do direito à saúde na Constituição, como um direito de todos e dever do Estado, por um lado se estabelece o direito subjetivo do usuário às ações e serviços de saúde; por outro, o dever do Estado como prestador dessas ações e serviços.

Segundo a posição doutrinária de Barroso (2009), as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, contêm comandos e possuem o atributo da imperatividade. Sua violação ocorre tanto por ação quanto por omissão e, quando ocorre, o titular do direito ou quem possui legitimidade ativa para protegê-lo deve postular reparação em juízo.

A este respeito, o autor afirma que os direitos subjetivos, sejam individuais, sociais, políticos ou difusos, são “diretamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico” (BARROSO, 2009, p.36).

Ainda sobre este tema, Barroso (2009, p. 36) observa que a atribuição de normatividade plena à Constituição é fruto da doutrina brasileira da efetividade, a qual representou o “rito de passagem do velho para o novo direito constitucional”. Este movimento doutrinário foi impulsionado pelo positivismo constitucional e deu aplicabilidade direta e imediata à Constituição, tornando-a fonte de direitos e obrigações, o que fez com que “deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”.

Apoiados nas lições que tomamos de Alexy (2008) e Barroso (2009; 2022), podemos afirmar que o Estado, ao descumprir a imperatividade da norma que o comanda a prestar as ações e serviços de saúde, viola a Constituição por omitir-se diante de seu dever de agir. O usuário do SUS, por sua vez, na posição de titular de um direito subjetivo violado, possuindo uma pretensão frente ao Estado, está autorizado a buscar, pela via judicial, a prestação deste direito.

Mas esta é apenas uma parte da questão. Uma vez que os direitos fundamentais são preconizados por normas da espécie princípio, como vimos, seu modo de aplicação possui

peculiaridades diferentes da aplicação das regras. Tanto Dworkin como Alexy nos mostram, ainda que por razões distintas, que os princípios podem ser contrabalançados entre si, considerando que têm pesos diferentes (DWORKIN, 2002) ou que podem ser cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades reais e jurídicas (ALEXY, 2008). Quando os princípios são conflitantes entre si, estas teorias admitem que um se sobreponha a outro.

6.1 Restrições aos direitos fundamentais

Alexy (2008) dedica parte de sua teoria à análise das restrições aos direitos fundamentais, ou o lado negativo das normas fundamentais, explicando o que leva a uma exclusão da proteção do direito fundamental.

A primeira característica apontada pelo autor é que restrições a direitos fundamentais só podem ser realizadas por normas, e que estas normas devem ser compatíveis com a Constituição. As normas mais importantes para a teoria das restrições são estabelecidas por reservas legais constitucionais, que autorizam o legislador a restringir os direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 282-283).

Assim, conforme a teoria de Alexy (2008, p. 286), direitos fundamentais, por terem hierarquia constitucional, somente podem ser restringidos por normas que também possuam hierarquia constitucional, ou por normas infraconstitucionais criadas por autorização de norma constitucional.

Alexy (2008, p. 296) diz que restrições podem ser produzidas por regras ou por princípios. Para que os princípios coloquem o indivíduo em posição de não liberdades ou não direitos, é necessário o sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o que o restringe: “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”.

Um dos argumentos apresentados pela administração pública para restringir o dever do Estado de efetivar o direito à saúde é o limite conhecido como reserva do possível, ou reserva do financeiramente possível.

A expressão reserva do possível tem origem na Alemanha. A teoria foi desenvolvida a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão. Em 1970, ao julgar um caso que tratava do acesso a universidades públicas, o Tribunal entendeu que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

A partir da decisão do Tribunal alemão, a teoria da reserva do possível passou a ser empregada em outros países, para sopesar os direitos fundamentais e a capacidade fática que o Estado tem de realizá-los, considerando que os orçamentos públicos não são ilimitados. A reserva do possível é definida por Sarlet e Figueiredo (2008) como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais à prestação.

Sobre a chegada da teoria no Brasil, Costa e Bertotti (2016, p. 314) informam que a reserva do possível foi recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade. A limitação fática diz respeito à falta de recursos; a limitação jurídica refere-se à capacidade orçamentária; a razoabilidade verifica se é ou não razoável que o cidadão exija a prestação do direito.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF)¹² admitiu a reserva do possível como cláusula impeditiva da exigibilidade judicial do conteúdo integral dos direitos sociais, diante da limitação material do Estado ligada à sua possibilidade orçamentária. Por outro lado, na mesma decisão, o STF entendeu que a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado para eximir-se de seus deveres constitucionais.

Quatro anos antes, o conflito de interesses entre o direito à saúde e o princípio da competência orçamentária do legislador levou o Supremo Tribunal Federal a se posicionar sobre a eficácia do direito fundamental à saúde. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8¹³, o Supremo reconheceu o direito subjetivo à saúde, ao confirmar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que determinou que o estado

¹² Julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. (BRASIL, 2004).

¹³ Julgamento do AgR no Recurso Extraordinário N. 271.286-8 Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12.09.2000. (BRASIL, 2000).

e o município de Porto Alegre fornecessem, solidariamente, medicamentos gratuitos a um paciente portador de HIV.

O relator, ministro Celso de Mello, pronunciou que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”, e que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente” (BRASIL, 2000).

A partir do que foi exposto até aqui, podemos concluir que o direito à saúde, por ser um direito fundamental, possui alto grau de proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Considerando que haja necessidade de confrontá-lo com algum princípio, conforme salienta Alexy (2008), este confronto só é admitido quando se tratar de outro princípio constitucional.

Ainda assim, não nos parece razoável que, sendo inevitável sopesar o direito à saúde com qualquer outro princípio, encontre-se algum princípio constitucional que prevaleça sobre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Mesmo que se admita que o direito à saúde seja um princípio e que esteja sujeito a restrições, é necessário considerar que sua eficácia vem, também, de uma posição juridicamente tutelável. Conforme demonstrado pela aplicação dos modelos analíticos propostos por Alexy, o titular do direito à saúde possui um direito subjetivo frente ao Estado.

Esta dimensão subjetiva do direito à saúde confere, ao seu titular, a condição para exigir, individualmente, a prestação positiva por parte do Estado. O direito à saúde possui, portanto, além da dimensão de direito social, a dimensão de direito subjetivo.

Desta forma, a possibilidade de ponderação de princípios não afasta o direito subjetivo do indivíduo de buscar a resposta do Estado, via jurisdição, quando a prestação relativa a este direito lhe for negada.

Na segunda parte deste trabalho, vamos abordar a tutela jurisdicional do direito à saúde a partir de uma leitura constitucional do processo civil, entendido como o espaço destinado ao exercício do direito fundamental de acesso à jurisdição e de realização do direito material.

PARTE II - TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Direito à saúde no processo constitucional – a adequação pela técnica antecipatória

“O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias”.

Rudolf Von Jhering (1858)¹⁴

Se o direito existe para se realizar, como proclamou Jhering, podemos dizer que o processo existe para realizá-lo. Um processo que não se volta para a realização do direito material perde a razão de existir.

É no processo que o indivíduo, titular do direito subjetivo à prestação positiva do Estado, vai buscar a realização do direito material à saúde, quando há omissão do Estado administrador.

Da mesma forma que os direitos, ao longo da história, adquiriram patamares diferenciados de proteção, com a inclusão dos direitos fundamentais na ordem jurídica dos Estados, o processualismo civil também se moldou ao fenômeno do constitucionalismo.

Assim como o direito material, o direito processual passou a ser compreendido a partir dos valores da Constituição, e a tutela jurisdicional se transformou, ela mesma, em direito fundamental.

A partir do ângulo constitucional, a realização do direito material à saúde, pela via jurisdicional, se dá através de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva.

¹⁴ JHERING, Rudolf Von. Espírito do direito romano. Apud. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista dos tribunais, 2005.

7 A LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Até aqui, olhamos para a existência do direito à saúde no plano normativo. Agora, vamos procurar entender qual o papel da jurisdição na efetividade deste direito. Propomos um breve olhar sobre a evolução das teorias processuais, desde a introdução da processualística civil no Brasil até chegarmos ao corolário do processo justo, comprometido com a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito.

7.1 A nova visão metodológica do processo

Uma das contribuições doutrinárias para a compreensão do processo no Estado Constitucional vem do formalismo-valorativo – conceito que emerge ao final do século XX no Sul do país. O termo formalismo-valorativo foi criado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a partir da teoria desenvolvida pelo jurista Alvaro de Oliveira, junto aos alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito¹⁵.

Os estudos desenvolvidos na década de 1990 passaram a ser reconhecidos como uma corrente doutrinária, nomeada como Escola Gaúcha de Direito Processual. (ESPINDOLA, 2014). As ideias originárias desta corrente foram lançadas na obra *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, publicada em 1997 pelo professor Alvaro de Oliveira. Ao introduzir sua teoria, o jurista refere-se à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – chamada, à época, de formalismo-valorativo:

Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança –, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 22).

¹⁵ A teoria de Alvaro de Oliveira influenciou a produção de seus alunos, dentre os quais se destacaram juristas que seguiram no desenvolvimento da doutrina processual, como Daniel Mitidiero, orientador deste trabalho. Daniel Mitidiero contribuiu diretamente com a formulação do conceito de formalismo-valorativo quando era aluno de Alvaro de Oliveira na pós-graduação da UFRGS.

Conforme observa o jurista italiano Nicola Picardi (2011), a abordagem do processualismo, na maior parte das vezes, inseria o processo civil no “reino da forma”, parafraseando teóricos como Carnelutti¹⁶, para quem a forma diz respeito à parte externa, ao recipiente que contém a essência, que é a vontade.

O avanço na doutrina do jurista gaúcho está na proposta interpretativa do formalismo-valorativo. O conceito pressupõe que as formas processuais não devem ser excessivas enquanto fins em si mesmas, mas sim orientadas à tutela dos direitos fundamentais. O processo é concebido como fenômeno cultural harmonizado aos valores: a justiça representa o valor final; a segurança jurídica, a efetividade da tutela jurisdicional e a igualdade representam valores instrumentais. (PICARDI, 2001).

O livro *Do Formalismo no processo civil* parte de uma reconstrução histórica, considerando a experiência jurídica romana das *legis actionis*¹⁷, chegando ao processo contemporâneo do final do século passado, quando foi publicado.

A obra refletia as influências da época, demonstradas pelo debate sobre a relação entre processo e realidade e entre processo e Constituição, propondo um avanço sobre as ideias do instrumentalismo – o processo como instrumento de realização do direito material, e a jurisdição como declaração da vontade concreta do direito.

Alvaro de Oliveira demonstra que é possível esperar mais do papel da jurisdição e da relação entre processo e Constituição.

O jurista vê a jurisdição adiante de sua função declaratória: “a jurisdição, longe de apenas declarar o direito, opera verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo”. As relações entre processo e Constituição, por sua vez, são vistas além do plano das garantias constitucionais no processo, sendo pensadas a partir da nova teoria das normas e dos direitos fundamentais: “o processo civil deve ser pensado a começar da metodologia própria

¹⁶ A doutrina do jurista italiano Francesco Carnelutti, nascido em 1879, influenciou a elaboração do Código Civil Italiano.

¹⁷ No período das *legis actionis*, do direito romano, o processo era caracterizado por um formalismo excessivo, de matriz simbólico-religiosa. (PICARDI, 2001).

do direito constitucional contemporâneo – deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 21).

Inseridas na proposta teórica de Alvaro de Oliveira, encontram-se questões que permanecem atuais nas abordagens da doutrina processualista, como adequação do processo às exigências do caso concreto, efetividade da tutela jurisdicional, incidência das técnicas processuais sobre a tutela dos direitos, cooperação no processo, entre outros aspectos, com atenção ao princípio constitucional do devido processo legal.

O valor da efetividade merece destaque na teoria de Alvaro de Oliveira, que a situa em uma perspectiva histórica, observando a evolução do conceito. A preocupação com a efetividade, com a realização do direito material tutelado, passa a ser vista em relação com a efetividade do instrumento processual, tanto em termos de tempo como conteúdo dos pronunciamentos judiciais, visando à justiça do caso concreto e o respeito ao direito fundamental ao processo justo.

O autor percebe uma inclinação da tutela jurisdicional à satisfação das necessidades reais da sociedade, o que passa pela criação de meios jurisdicionais mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão processual exercida.

Mais adiante, veremos como esta congruência se manifesta sobre a técnica processual empregada para realizar o direito material e, mais especificamente, o direito à saúde.

Em escrito mais recente, sobre a efetividade do processo de conhecimento, Alvaro de Oliveira (2006, p. 9) reforça a necessidade de efetivo estabelecimento do princípio da adequação formal como princípio geral do processo. O autor descreve esta concepção como “a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo”.

7.2 Do cientificismo europeu à leitura constitucional

Acompanhando a construção histórica do processo civil pelos estudos de Mitidiero (2010), encontramos um apanhado sobre as origens desta ciência autônoma e sua influência na doutrina brasileira, determinando a estrutura e o funcionamento do processo civil diante da realidade social e do direito material.

O autor observa que o nascimento do processo civil na Alemanha do final do século XIX foi influenciado pela pandectística¹⁸. Este movimento atribuiu uma característica cientificista ao processo, que buscava uma neutralidade em relação à cultura e uma autonomia do direito processual em relação ao direito material.

A concepção alemã de processo civil foi absorvida pela Itália na primeira metade do século XX, por meio da doutrina de Guiseppe Chiovenda, apontado como o fundador da nova escola processual italiana. Mitidiero (2010, p. 172) destaca a preocupação do teórico italiano com a construção de conceitos dogmáticos precisos e puros, fundamentados a partir do direito romano clássico. Incluindo as contribuições de Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman, a doutrina processual italiana construiu a autonomia do processo de conhecimento, de execução e processo cautelar, nos moldes que viriam a ser recepcionados no Brasil.

Conforme Mitidiero (2010, p. 172), a processualística desenvolvida na Itália propôs um esquema para tutela dos direitos sem qualquer alusão ao direito material. A partir de então, o direito processual civil se reduziu a conceitos puramente processuais: “separa-se direito e processo de tal modo que o direito processual pode ser trabalhado com recurso apenas a conceitos simplesmente processuais: conhecimento, execução e cautela”.

A vinda do italiano Enrico Liebman para o Brasil, no início da Segunda Guerra Mundial, é apontada como um dos determinantes para a formação de uma doutrina processualista nacional inspirada na teoria europeia. Embora tenha sido precedido por processualistas brasileiros, Liebman é considerado o “pai da ciência processual civil brasileira e, em especial, da Escola Processual de São Paulo” (MITIDIERO, 2010, p. 174).

¹⁸ A pandectística alemã do século XIX buscava a purificação do direito, sistematizando as fontes romanas, em oposição ao jusnaturalismo racionalista que dominava a cultura jurídica francesa. (MITIDIERO, 2010).

7.3 O Código Buzaid e o processo anterior aos direitos humanos

A processualística alemã do final do século XIX e a doutrina italiana da primeira metade do século XX, trazida por Libman, influenciaram diretamente o Código Civil de 1973, o qual implantou um esquema que separava o processo em três: o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. “Com a coordenação do processo de conhecimento, de execução e cautelar o código Buzaid propiciou às partes um procedimento padrão para a tutela dos direitos, independentemente da natureza do direito material posto em juízo” (MITIDIERO, 2010, p. 181).

A concepção adotada no Código Buzaid, Segundo Mitidiero (2010, p. 182), levava em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, devido ao neutralismo inerente ao processualismo. Esta conjunção resultou na construção de um processo civil “individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano, preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”.

Ao mesmo tempo, vigorava, no Brasil, o Código Civil de 1916, de Clóvis Bevilacqua, também considerado oitocentista. As expectativas para a vida do sujeito – para o qual aquele Código Civil foi criado – estavam refletidas na organização dos temas e na ordem em que eram apresentados. Na descrição analítica de Mitidiero:

Em seu Código, Bevilacqua desenha a vida do homem de seu tempo: o homem nasce e torna-se capaz na vida civil (Livro I, Parte Geral). Um de seus primeiros atos é o matrimônio (aí se situa as coisas da *mater*, da esposa, da mãe, Livro II, Direito de Família). Logo em seguida, constitui patrimônio (formado pelas coisas do pater, do marido, do pai, Livro III, Direito das Coisas), busca ampliá-lo com o tráfico jurídico (Livro IV, Direito das Obrigações) e falece deixando patrimônio (Livro V, Direito das Sucessões). (MITIDIERO, 2010, p. 183).

Estabelecendo uma relação com o que abordamos na primeira parte deste trabalho, a sociedade brasileira da época em que foi elaborado o Código Civil de 2016 ainda não assimilava a concepção de direitos humanos que conhecemos hoje. Àquela época, vigorava, no Brasil, a relação com os chamados direitos de primeira natureza, focados na autonomia do indivíduo em relação ao Estado.

A este respeito, salienta Mitidiero (2010, p.184), “A liberdade envolve o espírito da época e sua melhor expressão corporifica-se no livre exercício da vontade. Converte-se em dogma a autonomia individual, fetiche da época [...].”

O direito positivado voltava-se à proteção dos direitos fundamentais da liberdade e da propriedade, e o processo civil foi construído para resolver os litígios daquele tipo de sociedade. Era de se esperar que o Código Civil de 1916 espelhasse a realidade cultural, social e econômica da época em que foi criado. Em contrapartida, as expectativas poderiam ser outras para o Código de Processo Civil.

O Código Buzaid foi aprovado em 1972, para vigorar a partir de 1973, quase no final do século XIX. Percebe-se que o legislador se firmou no passado, demonstrando a falta de interesse nacional pelo movimento iniciado internacionalmente na segunda metade do século XX, na direção de acolher os direitos humanos.

Da mesma forma que não havia, na positivação do direito material, a previsão de direitos humanos – como o direito fundamental à saúde, objeto deste trabalho –, o processo civil não havia sido concebido para satisfazer esse tipo de pretensão.

O Código Buzaid, como demonstrado, permaneceu atrelado a concepções importadas da Europa oitocentista. Não havia interferências da acepção de direitos humanos propagada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil era signatário. Foi a partir da Constituição de 1988, com a incorporação dos direitos humanos no cume do ordenamento jurídico brasileiro, que as teorias processualistas foram reformuladas, e o Brasil adotou um novo modelo de processo.

7.4 A Constituição de 1988 e a ressignificação do processo

A Constituição de 1988 ensejou a leitura do processo civil pelo prisma constitucional: além de visar à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, o processo passa a ser concebido, ele próprio, como direito fundamental. A mudança de paradigma contida neste movimento é caracterizada por Zaneti Junior (2005) como “uma alteração de cento e oitenta graus na visão do direito processual”.

O autor observa que o instrumental técnico e constitucional colocado à disposição dos juristas permitiu o abandono da “visão moderna e privatista do processo”, em prol da “efetividade e da realização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito” (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 34).

Esta necessidade vinha representada pelos fatos históricos do segundo pós-guerra e pelo surgimento de novos direitos sociais e econômicos. A partir de então, seria preciso “desmentir a dimensão técnica, socialmente neutra, cega à vida que permeou a interpretação e aplicação do direito”. A esta dimensão técnica e neutra, são contrapostos os novos valores do Estado Democrático de Direito: “a convivência social; a sociedade livre justa e solidária; a participação nas decisões; o pluralismo, entendido como pluralidade de ideias, culturas e etnias; e a dignidade do ser humano” (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 34).

A posição defendida pelo autor refletia a influência recente da teoria de Alvaro de Oliveira, seu orientador na pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. O trabalho, produzido dez anos antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015, refletia o anseio pela reformulação da doutrina baseada na legislação de 1973, que havia nascido sob a visão de mundo oitocentista.

O autor manifesta a necessidade de mudança na ótica do jurista, libertando-se da interpretação retrospectiva, “vício que consiste em apreciar e interpretar novos institutos e mudanças legislativas com olhos na prática anterior do Direito. Este vício tem endereço certo, a manutenção da ideologia anterior e do *status quo ante*” (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 34).

Zaneti Junior (2005, p. 50) identifica dois grandes fenômenos de recepção em direito processual civil no Brasil. A primeira foi a da Constituição de 1891, que recepcionou o modelo processual constitucional dos Estados Unidos; a segunda foi a do Código de Processo Civil de 1973 que, “ao final de um processo longo, começado em 1916 com o Código Civil e continuado em 1939 com o primeiro Código de Processo Civil nacional, revela a recepção tardia do Direito napoleônico”. Esta última significou a recepção da tradição romano-germânica.

A dupla recepção da doutrina resultou em um “paradoxo metodológico” – presença concomitante de uma cultura processual constitucional voltada à tradição do *common law*¹⁹ e da tradição romano-germânica²⁰.

Reproduzimos a representação das diferenças entre as duas tradições:

A tradição de *common law* apresenta-se ligada ao Direito como argumento, ao controle do poder por meio do juiz (que representa o júri histórico, o julgamento pelos seus pares, garantindo a *Magna Charta Libertatum*). A jurisprudência aparece como fonte primária do Direito. Tudo em um processo simétrico, com poderes e deveres iguais para as partes, mas com excessiva ausência do Estado na investigação da verdade. A tradição romano-germânica, por outro lado, aparece ligada ao Direito como demonstração, ao poder centralizado no soberano (nas democracias representativas atuais, substituído pelo legislador popular, em assembleias, ou pelo chefe do Poder Executivo, mediante o uso dos chamados “decretos-lei”). O julgador é o juiz-burocrata, aplicador lógico do direito, sem a interferência da vontade criativa na jurisprudência. Contrapõem-se, perfeitamente, os modelos do juiz Hércules e do juiz Júpiter. (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 89).

O autor observa que, após 1891, ocorreram sucessivas recepções constitucionais da tradição jurídica norte-americana, tanto no texto constitucional quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conduzindo ao atual processo constitucional.

Após realizar a retrospectiva deste fenômeno, Zaneti Junior (2005) encontra a teoria de Alvaro de Oliveira, cuja constatação é de que o processo se conforma pelo paradigma do formalismo-valorativo. Este paradigma estabelece a compreensão do processo como direito fundamental, vinculado aos valores constitucionais como garantia de liberdade.

Tais valores constitucionais são entendidos a partir de um conceito de Estado Democrático de Direito que reconhece a evolução do Estado de Direito com a consolidação do constitucionalismo e das conquistas históricas dos direitos humanos.

¹⁹ A cultura processual constitucional voltada para a tradição do *common law* é exemplificada pelo controle de constitucionalidade difuso, os *writs* constitucionais e o pleito cível *lato sensu*, a atipicidade das ações e o direito de *common law* expresso no artigo 5º, XXXV da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (ZANETI JUNIOR, 2005).

²⁰ A presença da tradição romano-germânica é exemplificada pela vinculação da ação ao direito subjetivo (art. 75 do CC/1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; art. 126 do CPC/73: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais...”; a cisão das doutrinas do direito administrativo e do direito privado e a vinculação do juiz à lei escrita. (ZANETI JUNIOR, 2005).

A conexão entre os valores processuais e a Constituição advém da própria fundamentalização das garantias processuais. A releitura dos institutos processuais a partir de uma matriz constitucional é própria do formalismo-valorativo.

Como explicava Mitidiero (2004, p. 257) – quando a teoria do formalismo-valorativo estava em sua fase inicial –, o direito processual civil “não pode ser outro que o projetado constitucionalmente, sendo um processo que se configura como um direito fundamental, com as dimensões e a eficácia peculiares a essa categoria político-jurídica”.

Em 2019, ao atualizar a quarta edição do livro *Colaboração no processo civil – do modelo ao princípio*²¹, Mitidiero acrescenta uma análise crítica à expressão formalismo-valorativo. O autor reconhece que “o termo ‘formalismo’ carrega um sentido negativo, normalmente relacionado no plano do processo àquilo que foi bem identificado pela doutrina como ‘formalismo pernicioso’”. Mitidiero observa que, ao ressignificar o termo formalismo, a doutrina não foi capaz de realçar seu conteúdo positivo, que continuava bem associado ao conceito de procedimento, relacionado ao adequado desenvolvimento do processo. (MITIDIERO, 2019b, p. 47).

O autor aponta um segundo problema na expressão formalismo-valorativo: “no campo da teoria do direito, existe um amplo debate a respeito do formalismo jurídico e do formalismo interpretativo – que em nada se confunde com o conceito de formalismo processual e de formalismo-valorativo”. (MITIDIERO, 2019b, p. 47).

Após observar os problemas associados ao uso da expressão formalismo-valorativo, Mitidiero (2019b, p. 48) recomenda sua substituição justificando que a identidade terminológica contribui para identificações e assimilações teóricas indevidas – referindo-se a ataques formulados contra a teoria. O autor opta por referir que o processo civil deve ser interpretado e aplicado a partir dos pressupostos do Estado Constitucional.

²¹ O livro *Colaboração no Processo Civil* foi escrito, originalmente, nos anos de 2006 e 2007, quando Daniel Mitidiero fazia o doutorado no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS, sob orientação do Professor Alvaro de Oliveira. A tese – *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo* – foi defendida pelo autor em outubro de 2007.

8 O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

O princípio do devido processo legal, positivado no artigo 5º, LIV da Constituição – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988) – é o alicerce para os demais princípios que dele derivam, disciplinando o direito processual brasileiro.

Ao aprofundar o estudo da funcionalidade do devido processo legal, Mattos²² (2009) destaca que o direito fundamental de acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingressar em juízo, mas “prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, concedendo-se ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus”. Assim, o direito fundamental de acesso à justiça vai além de provocar a atuação do Poder Judiciário. Como salienta o autor, o direito fundamental de acesso à justiça compreende o direito de “obter, em prazo razoável, uma decisão justa, eficaz e efetiva” (MATTOS, 2009, p. 180).

O direito ao devido processo legal, ou ao processo justo, segundo Flach (2005), é entendido em duas dimensões – a formal e a material. A estrutura formal do processo deve dar cumprimento aos princípios implicados, estabelecendo sua ponderação.

O autor afirma que “a noção atual de instrumentalidade postula um processo tecnicamente estruturado que possa atender aos aspectos éticos da atividade judiciária”. E complementa: “as garantias formais não são um fim em si mesmas, devendo oferecer, dentro das possibilidades, resultado materialmente justo”. (FLACH, 2005, p.20).

Ao analisar a contribuição do direito processual na concretização das normas constitucionais, Flach (2005) salienta a aptidão do processo civil brasileiro à realização dos

²² Com o título A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a tese foi defendida em 2008, para obtenção do título de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. O professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira foi orientador da tese e escreveu o prefácio do livro publicado em 2009. O orientador afirmou que a tese reelaborou a compreensão do devido processo legal, levando em conta o valor da efetividade e da segurança, a ponderação entre ambos e sua relativização no caso concreto. (MATTOS, 2009).

valores constitucionais. Para o autor, o processo é um espaço de construção do significado e de atribuição de conteúdo às normas. Nas palavras de Flach:

O sistema processual revela suas virtudes na medida em que possa conservar a necessária elasticidade sem, contudo, afastar-se de sua inegável função de garantia e instrumento de realização de direitos democraticamente reconhecidos sendo, ele mesmo, diretamente informado pelos valores constitucionais. (FLACH, 2005, p. 18).

Para Mitidiero (2004, p. 259), o processo civil é, em si, considerado um direito fundamental. O autor explica que a própria realização do processo “é uma condição de efetivação dos demais direitos fundamentais, na medida em que sua denegação acarretaria todos os demais”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) afirmam que o direito ao processo justo visa à obtenção de uma decisão justa para as partes e, ao mesmo tempo, visa à unidade do Direito para a sociedade civil. Por meio do processo justo, são exercidas a pretensão à justiça e a pretensão à tutela jurídica. O direito fundamental ao processo justo é um termo indeterminado. Segundo os autores, é possível identificar, na cláusula geral, um “núcleo forte ineliminável, um conteúdo mínimo essencial sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016. p. 493).

O conteúdo mínimo essencial identificado no direito ao processo justo está situado em um conjunto de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais. A partir da análise de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), localizamos os seguintes direitos fundamentais investidos em princípios e seus respectivos dispositivos normativos:

- (i). Direito à colaboração no processo – artigo 6º CPC/2015 – o juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões;
- (ii). Direito à tutela adequada e efetiva – artigo 5º, XXXV, CF/88; artigo 3º CPC/2015 – o processo deve prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva;
- (iii). Direito à igualdade, paridade de armas e contraditório – artigo 5º, I e LV CF/88; artigos 7º, 9º e 10º CPC/2015 – as partes devem participar do processo em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório;
- (iv). Direito à prova – artigo 5º, LVI CF/88; artigo 369 CPC/2015 – as partes têm direito à produção de prova admissível;
- (v). Direito à ampla defesa e ao juiz natural – artigo 93, IX, CF/88; artigos 11 e 489 CPC/2015 – as partes têm direito à ampla defesa, a constituir prova perante juiz

natural, em que todos seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados;

- (vi). Direito à publicidade dos atos jurisdicionais – artigos 5º, LX, 93, IX, CF/88; artigo 4º CPC/2015 – os procedimentos devem ser públicos.

O direito à segurança jurídica no processo não está expressamente previsto na Constituição de 1988. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 517) entendem que este princípio está intrínseco no direito fundamental à segurança jurídica (artigo 5º, caput, CF/88) e na proteção à coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, CF/88).

8.1 O princípio da adequação do processo

A função do processo civil é tutelar direitos. Desta forma, pode-se afirmar que a tutela jurisdicional efetiva é aquela que consegue fazer com que o direito material, quando existente, se concretize no mundo dos fatos.

A preocupação com a efetividade do processo é uma das transformações que decorrem da mudança de paradigma trazida pela leitura constitucional do processualismo civil. No Estado constitucional, o processo justo passa a ser concebido como o instrumento pelo qual a jurisdição tutela os direitos que o Estado deve proteger.

Nesse sentido, Mattos (2009) afirma que “o direito fundamental ao devido processo legal compreende o direito a um procedimento adequado ao direito material e às peculiaridades do caso concreto”. A respeito da pluralidade de possibilidades disponíveis ao julgador para adaptar o procedimento, o autor observa:

O devido processo legal não se compraz com um rito ou tipo de procedimento específico e exclusivo. Vale dizer, o rito ordinário não é ‘o’ instrumento de concretização do devido processo legal. Com efeito, não há um processo único que dispense uma forma de tutela única para todas as situações de vantagem. Em lugar disso, há uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicional. A diversidade de processos e formas de tutela jurisdicional é reflexo da diversidade de necessidades de tutela das situações de vantagem. (MATTOS, 2009, p. 199).

Conforme destacam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 185), “para que o processo civil seja capaz de viabilizar uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva

dos direitos é preciso que esse tenha como ponto de partida as necessidades concretas da pretensão material a ser protegida”.

A efetividade diz respeito à adequação da tutela jurisdicional à forma de tutela pretendida no caso, e não à idoneidade ou à força da tutela para a proteção do direito material, como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016). Por sua vez, a tempestividade, segundo os autores, está relacionada ao tempo razoável e às resistências injustificadas. A distribuição isonômica do tempo no processo, como veremos adiante, é uma das maneiras de promover a tempestividade na tutela jurisdicional.

A falta de adequação do processo representa uma ameaça ao direito ao processo justo e, conseqüentemente, à realização do direito material pretendido. Assim, declaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A falta de adequação entre as técnicas processuais e as tutelas dos direitos põe o direito fundamental de ação em perigo, pois coloca em risco a obtenção da tutela efetiva do direito mediante o exercício da ação” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016-2, p. 126).

Sobre o tema, Didier Jr. (2001, p. 6) afirma que a tutela jurisdicional adequada significa uma adequação ao direito material, no sentido de garantir o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades do direito material. Segundo o autor, o legislador se vale de três critérios objetivos para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; a forma como o direito material se apresenta no processo; e a situação processual da urgência. (DIDIER JR., 2001, p. 8).

O magistrado, como “diretor do processo”, nas palavras de Didier Jr. (2001, p. 11), tem poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, como meio de melhor tutelar o direito material. Na opinião do jurista, “o excessivo rigor formal talvez tenha sido um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade”.

A adequação do processo civil se dá pela adequação do procedimento ao caso concreto. E a adequação do procedimento passa pela adequação da tutela que é aplicada ao caso concreto.

9 TIPOS DE TUTELAS E ADEQUAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

A adequação do procedimento se torna possível na medida em que o processo civil contempla diferentes tipos de tutelas jurisdicionais, para que se possa escolher, entre as ferramentas disponíveis, a que mais se ajusta ao fim de realizar o direito material.

Encontramos, em Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020), definições para as diferentes modalidades de tutelas. A partir dos conceitos destes autores, buscamos sistematizar²³ a classificação das tutelas em dois grandes grupos, conforme sua natureza: tutelas satisfativas e tutelas assecurativas.

9.1 Tutelas satisfativas

As tutelas satisfativas destinam-se a realizar o direito da parte concretamente no mundo dos fatos. Podem ser contra o ilícito ou contra o dano.

9.1.1 Tutelas satisfativas contra o ilícito

As tutelas satisfativas contra o ilícito podem ser divididas em:

- (i). Tutela inibitória – tutela preventiva contra o ilícito. Visa a inibir a prática, reiteração ou continuação do ilícito.
- (ii). Tutela de remoção do ilícito – tutela repressiva contra o ilícito. Visa à remoção da causa ou dos efeitos do ilícito.
- (iii). Tutela punitiva – tutela repressiva contra o ilícito. Consiste na retribuição do Estado, por meio da reação do ordenamento jurídico ao ilícito já praticado.

²³ Além de estar baseada nas definições de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020), esta sistematização apoia-se nas aulas do Professor Klaus Cohen Koplin (KOPLIN, 2021) para a disciplina de Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas, ministrada na modalidade de Ensino Remoto Emergencial (ERE) durante o semestre 2021/1 da Faculdade de Direito da UFRGS.

9.1.2 Tutelas satisfativas contra o dano

As tutelas satisfativas contra o dano podem ser divididas em:

- (i). Tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário – Visa a compensar o prejuízo material, moral ou corporal pelo equivalente em pecúnia.
- (ii). Tutela ressarcitória na forma específica – Visa à recomposição do prejuízo por meio de prestações positivas que consistem em obrigações de fazer.

9.2 Tutelas assecurativas

As tutelas assecurativas são as tutelas cautelares, destinadas a assegurar a satisfação eventual e futura do direito da parte. Diferentemente das tutelas satisfativas, que podem ser contra o ilícito ou contra o dano, as tutelas cautelares são sempre contra o dano. A aplicação da tutela cautelar exclusivamente ao dano deve-se ao fato de que “a tutela cautelar apenas assegura para o caso de, ocorrendo o fato danoso, ser possível eventual e futuramente a realização do direito” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 211).

9.3 Um exercício de adequação na tutela do direito à saúde

A partir da proposta de sistematização das modalidades de tutelas jurisdicionais, buscamos analisar a adequação na tutela do direito à saúde. Ressaltamos que esta interpretação não é prescritiva, pois sabemos que a tutela adequada é identificada diante do caso concreto. E, como ressalta Mitidiero (2019a, p.71), “existem tantas tutelas quanto são os direitos, já que vige na nossa ordem jurídica a regra da atipicidade e generabilidade da tutela de todos os direitos”.

O que propomos, aqui, é um exercício de adequação a partir de uma hipótese. Vamos supor uma situação em que um indivíduo tenha acionado a jurisdição, e que o processo tenha aferido a existência do direito material a ser tutelado. Vamos imaginar que este direito seja o de receber, do Estado, a prestação positiva na forma da entrega de um serviço público de saúde. O indivíduo tem direito, por exemplo, à realização de uma cirurgia.

Nesta hipótese, a tutela jurisdicional do direito à saúde é uma tutela satisfativa, pois se destina a realizar o direito da parte concretamente. Esta tutela se manifesta, geralmente, por uma sentença mandamental, na qual a esfera jurisdicional do Estado determina que a esfera administrativa do Estado cumpra, por meio de uma prestação positiva (um fazer), a entrega da tutela administrativa do direito à saúde.

Na hipótese proposta, podemos dizer que a tutela jurisdicional do direito à saúde é uma tutela satisfativa contra o dano, o qual se manifesta, em sua forma mais direta, como um prejuízo à integridade física do indivíduo, causada pela omissão do Estado.

A tutela satisfativa contra o dano, quando destinada ao direito à saúde, admite duas possibilidades: a tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário e a tutela ressarcitória na forma específica.

A tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário concede, ao titular do direito, o ressarcimento, em pecúnia, de prejuízo material, moral ou corporal. Por exemplo, o ressarcimento do prejuízo material relativo a despesas efetuadas para obter a prestação que o Estado deixou de oferecer. Digamos que o indivíduo tenha assumido uma dívida para custear, no sistema privado, a cirurgia.

A tutela ressarcitória na forma específica concede a reparação do prejuízo por meio de prestações positivas do Estado, que se dão em obrigações de fazer. Por exemplo, o fornecimento de produto ou serviço destinado à recomposição da saúde. Na hipótese apresentada, a prestação positiva do Estado seria a realização da cirurgia.

9.4 Adaptabilidade das técnicas processuais ao direito material

O tipo de tutela a ser empregado é determinado pelo direito material a ser tutelado. Desta forma, como observam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 211), o direito à tutela contra a ameaça ou a ocorrência de um ilícito, ou a tutela contra o dano, decorre da própria existência do direito. Portanto, o direito à tutela é concedido pelo plano material.

A tutela jurisdicional dos direitos é viabilizada, no caso concreto, pela combinação de técnicas processuais previstas pelo legislador.

O Código de Processo Civil de 2015 contém técnicas processuais atinentes à atividade jurisdicional para prestação da tutela dos direitos (cognição e execução) e à diversificação de procedimentos (procedimento comum e procedimentos diferenciados, procedimentos de cognição exaurientes e procedimentos de cognição sumária).

Como salientam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020), embora o Código de 2015 ainda faça alusão a processo de conhecimento e processo de execução, conhecimento e execução podem ser desenvolvidos ao longo do processo. Diferente do que ocorria com o código de 1973, estas atividades não constituem processos distintos, mas podem estar dentro de um mesmo processo.

O atual Código de Processo Civil prevê que as atividades de cognição e execução podem ser desenvolvidas por meio de procedimentos comuns ou diferenciados, e a atividade de execução pode ser fundada em cognição sumária (antecipação de tutela) ou exauriente (cumprimento de sentença). No procedimento comum, o juiz adapta as atividades de cognição e execução para atender às necessidades trazidas pelo direito material.

A previsão de adaptabilidade das atividades em função do direito material guarda estreita relação com o objeto deste trabalho. A tutela jurisdicional do direito à saúde depende diretamente da efetividade e da tempestividade do processo. Não há outra maneira de satisfazer a pretensão do titular do direito subjetivo, se o bem da vida não for entregue em tempo hábil.

Neste aspecto, a técnica antecipatória possui uma capacidade potencial de realizar a tutela efetiva e tempestiva do direito à saúde no plano material.

No próximo capítulo, vamos nos dedicar à compreensão desta técnica processual, verificando sua compatibilidade com a tutela jurisdicional do direito à saúde.

10 TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: ADEQUAÇÃO PELA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

A antecipação de tutela é a técnica processual voltada ao equilíbrio do ônus do tempo no processo. Por meio dela, a parte recebe, antecipadamente, de forma provisória, a tutela jurisdicional pretendida.

Por sua natureza – de direito fundamental conectado ao direito à vida –, o direito à saúde, no plano material, é diretamente afetado pela passagem do tempo. A condição de saúde da pessoa opõe-se diretamente à condição de doença. Na ocorrência da doença, o correr do tempo agrava, progressivamente, a degeneração da integridade física e moral do indivíduo.

A realização do direito material por meio da tutela jurisdicional, como já vimos, passa pela adequação do processo, que, por sua vez, passa pela adequação do procedimento. Quando se trata do direito à saúde, a tutela adequada, necessariamente, é aquela que equaciona os efeitos da passagem do tempo sobre a situação concreta que está sendo analisada pelo julgador.

Manifesta-se, na tutela jurisdicional do direito à saúde, aquela necessidade cada vez mais presente na doutrina de que o processo não seja mera sequência de ritos, mas que seja um processo atento à realidade. Para que a tutela seja adequada à tutela do direito, é necessário que a escolha da técnica processual considere os efeitos do tempo sobre o direito material pretendido.

Partindo destas considerações, entendemos que a distribuição isonômica do ônus do tempo no processo é determinante para que o titular do direito à saúde satisfaça sua pretensão de receber a prestação positiva por parte do Estado. Na existência do direito subjetivo, a demora se torna mais prejudicial ao autor da demanda: quanto mais tempo o Estado levar para realizar a prestação positiva, maior a propensão de agravo da doença e menores as chances de se restabelecer a saúde.

A técnica da antecipação da tutela desempenha papel preponderante na adequação do processo para realização do direito à saúde. Passamos, agora, ao estudo do instituto da antecipação da tutela e sua aplicação à tutela do direito à saúde.

10.1 Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015, no Livro V (BRASIL, 2015), trata as tutelas antecipadas sob a denominação genérica de tutela provisória, utilizando, como principal critério de classificação, seu caráter precário, determinado pela cognição sumária.

A antecipação da tutela ocorre por meio de cognição sumária das alegações do caso, ou seja, cognição não exauriente. Sobre este aspecto, Mitidiero (2019a) chama atenção para o tipo de sumariedade presente na técnica antecipatória, a qual diz respeito à incompletude material da cognição da causa. A sumariedade da técnica antecipatória não significa sumariedade procedimental, associada à ideia de processo rápido ou abreviado.

A provisoriedade da tutela antecipada diz respeito à relação entre o provimento antecipado e o provimento final. Mitidiero (2019a, p. 130) afirma que existe uma relação de identidade entre o provimento antecipado e o provimento final: “o provimento cautelar antecipado é a versão provisória do provimento cautelar final, assim como o provimento satisfativo antecipado é a versão provisória do provimento satisfativo final.”

O exercício do contraditório, sujeitando as partes e o juiz, permanece sendo exigido na técnica antecipatória. Tanto o direito à tutela adequada e efetiva quanto o direito ao contraditório são direitos fundamentais. No entanto, conforme observa Mitidiero (2019a), é preciso compatibilizar o direito ao contraditório na antecipação da tutela.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê o exercício do contraditório antes do proferimento da decisão²⁴. O próprio código, no entanto, prevê que o contraditório seja postergado para depois da concessão da tutela antecipada²⁵, e que a tutela antecipada seja concedida liminarmente²⁶ (BRASIL, 2015) – sem a oitiva da parte contrária.

Os artigos 294 a 299 do Código Civil (BRASIL, 2015) trazem as disposições gerais, estabelecendo que a tutela provisória pode se fundamentar em urgência ou evidência. A tutela

²⁴ Artigo 9, caput CPC/2015. (BRASIL, 2015).

²⁵ Artigo 9, parágrafo único, I, II CPC/2015. (BRASIL, 2015).

²⁶ Artigo 300, §2º CPC/2015. (BRASIL, 2015).

provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser requerida em caráter antecedente (antes da apresentação do pedido principal) ou incidental (a qualquer momento, no curso do processo).

No artigo 300, ao tratar das tutelas fundadas na urgência, o CPC agrupa a tutela antecipada (satisfativa) e a tutela cautelar (assegurativa). Em seguida, cuidaremos de observar a distinção entre os termos na doutrina.

O CPC estabelece, como requisitos para concessão da tutela de urgência, a presença de elementos que evidenciem, cumulativamente, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Ao contrário das tutelas fundadas na urgência, a concessão da tutela da evidência, prevista no artigo 311 do CPC²⁷, não distribui o ônus do tempo com base na demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Mitidiero (2019a) destaca que o objetivo da tutela de evidência é adequar o processo à maior ou menor evidência da posição jurídica defendida pela parte no processo. Na tutela de evidência, a distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo se baseia na consistência das alegações das partes.

10.2 Antecipação de tutela e tutela cautelar: a distinção entre o meio e o fim

A previsão da concessão antecipada da tutela satisfativa, antes de exaurido o processo de conhecimento, é uma inovação que decorre do movimento de constitucionalização do processo.

²⁷ A concessão da tutela da evidência será concedida quando: houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Artigo 311 do CPC 2015. (BRASIL, 2015).

Mitidiero (2019a) situa a tutela sumária como manifestação do direito fundamental à tutela adequada e efetiva, inserida na perspectiva do direito ao processo justo no Estado Constitucional: o processo que provê a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva:

O legislador infraconstitucional, ao prever a técnica antecipatória, realiza a um só tempo todo o cabedal conceitual ligado ao Estado Constitucional: a tutela sumária visa a distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo, adequando-o às necessidades nele evidenciadas a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva aos direitos e em prazo razoável. (MITIDIERO, 2019a, p. 78).

O autor observa que, durante muito tempo, a autonomia conceitual da técnica antecipatória não foi reconhecida pela doutrina. Esta técnica processual era teorizada em termos de ação, provimento ou processo cautelar.

Para esclarecer as diferenças entre a técnica antecipatória e a tutela cautelar, Mitidiero (2019a, p. 29) explica que a técnica antecipatória, enquanto técnica processual, representa uma “inversão procedimental”, “um meio para realização de uma finalidade”. A tutela cautelar é “um dos fins possíveis resultantes do emprego do meio – é uma espécie de tutela jurisdicional do direito”. Pontuando a distinção entre a técnica antecipatória e a tutela cautelar, o autor sintetiza:

A antecipação de tutela é tão somente uma técnica processual que visa à concessão de tutela satisfativa ou de tutela cautelar aos direitos. A técnica antecipatória é o meio que permite a antecipação da tutela jurisdicional dos direitos. A antecipação é o meio que visa à obtenção do fim tutela jurisdicional do direito. (MITIDIERO, 2019a, p. 29).

A partir desta linha doutrinária, é possível conceber a obtenção da própria tutela cautelar por meio da técnica processual de antecipação da tutela.

Revisando obras clássicas do direito processual, Mitidiero (2019a) aponta as principais correntes teóricas que determinaram a concepção de tutela antecipada adotada no Código de 1973. Entre as principais influências, está o italiano Piero Calamandrei, para quem o direito material à cautela era um provimento processual adotado no interesse do Estado. Absorveu-se, a partir da doutrina de Calamandrei, a ideia de que a tutela cautelar não está ligada à proteção dos direitos, mas à tutela da autoridade do Estado. O direito material à segurança era visto como uma posição jurídica ligada ao Estado, e não à pessoa.

Uma das divergências conceituais apontadas por Mitidiero (2019a), é que Calamandrei não fazia distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa, pois poderia se cogitar a tutela cautelar em ambos os casos, a partir do critério da provisoriedade. Segundo o autor brasileiro, está aí uma das razões pelas quais toda tutela sumária passou a ser concebida como tutela cautelar vinculada à proteção contra o *periculum in mora*.

Sob a influência desta concepção de Calamandrei, a tutela cautelar assumiu a função de neutralizar provisoriamente o perigo de dano capaz de frustrar o resultado útil do exercício da jurisdição – o resultado útil do processo principal. (MITIDIERO, 2019a, p. 43).

Entre as influências de Calamandrei na doutrina brasileira, Mitidiero (2019a) aponta os seguintes aspectos: as medidas cautelares eram regidas pela provisoriedade e eram acessórias. Sua finalidade era evitar males ao processo, garantindo o resultado útil da função de conhecimento ou execução. A antecipação de tutela era espécie de tutela cautelar, atuando apenas em função da garantia do provimento definitivo, sendo impossível conceber, por esta razão, qualquer espécie de direito material à cautela.

Mitidiero (2019a) atribui, a Ovídio Batista da Silva, uma das principais contribuições à doutrina brasileira para a reconstrução da dogmática da tutela cautelar a partir de outras bases conceituais:

Ovídio Batista da Silva traz a compreensão de que a tutela cautelar é a tutela sumária que visa a combater, mediante providência mandamental, o perigo de infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva. Não tem por objetivo atacar o perigo na demora da prestação jurisdicional, nem prestar tutela a outro processo. (MITIDIERO, 2019a, p. 51).

Uma das contribuições de Ovídio Batista da Silva, na avaliação de Mitidiero (2019a), foi o entendimento que nem toda tutela sumária é tutela cautelar. A partir de sua doutrina, o processo civil positivo brasileiro passou a distinguir tutela cautelar de antecipação de tutela.

A tutela sumária veio a ser entendida como tutela de urgência – um gênero no qual se inserem a tutela cautelar, a tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela satisfativa interinal (tutela antecipada). (MITIDIERO, 2019a, p. 52).

Mitidiero adverte que, ao contrário do que “supõe a doutrina em peso”, a tutela cautelar e a tutela satisfativa não são distinguíveis pela estrutura de seus provimentos: “tanto

a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica. Vale dizer: a tutela cautelar não é temporária e não é provisória” (MITIDIERO, 2019a, p. 53).

O autor defende que a tutela cautelar e a tutela satisfativa são tutelas finais que disciplinam de maneira definitiva determinada situação fático-jurídica: “o processo que visa à prestação de tutela cautelar se desenvolve mediante cognição exauriente do direito à cautela – apenas o direito acautelado é que é conhecido de forma sumária” (MITIDIERO, 2019a, p. 55).

A distribuição isonômica do ônus do tempo no processo pode ocorrer em face da alegação de urgência (perigo de ilícito ou perigo de dano) ou em face da necessidade de outorgar o devido valor à evidência do direito posto em juízo. Este elemento – o da distribuição isonômica do ônus do tempo – é utilizado, por Mitidiero, como elo que permite estabelecer a semelhança entre tutela cautelar e tutela satisfativa sumária.

O autor sustenta que é possível estabelecer a comparação a partir da técnica antecipatória e da finalidade comum de equacionamento do ônus do tempo no processo. (MITIDIERO, 2019a, p. 65). Ou seja, Mitidiero demonstra que a tutela cautelar e a tutela satisfativa sumária têm em comum: a técnica processual – o emprego da técnica antecipatória; e a finalidade – a distribuição isonômica do ônus do tempo no processo.

Por fim, Mitidiero destaca que o problema atual da doutrina é perceber que a “técnica antecipatória é apenas um meio para realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar, e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material” (MITIDIERO, 2019a, p. 61). A distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada é considerada, pelo autor, uma discussão superada.

10.3 A compatibilidade entre o fundamento da urgência e o direito à saúde

A técnica processual da antecipação da tutela satisfativa realiza, desde logo, o direito antecipado, com o objetivo de prevenir ilícitos ou reprimir ilícitos ou danos. A técnica antecipatória aplicada à tutela satisfativa pode prestar tutela preventiva (impedir a prática, a

reiteração ou a continuação de um ilícito) ou tutela repressiva (remover um ilícito, reparar ou ressarcir um dano). (MITIDIERO, 2019a, p. 63).

Considerando o modelo abstrato no qual um indivíduo aciona a jurisdição para obter a satisfação do direito à saúde por meio de uma prestação positiva do Estado, podemos prever que a técnica antecipatória compatível se aplica à tutela de natureza satisfativa, que atua na forma repressiva – visa a reparar o dano, geralmente, na forma específica, por uma prestação positiva do Estado, ou um fazer.

Por exemplo: fornecer um medicamento ou uma prótese (produto), uma cirurgia, um procedimento médico, uma internação em um leito hospitalar, uma vaga em um leito de UTI (serviço).

A partir dos pré-requisitos legais para a antecipação da tutela, percebe-se a compatibilidade entre o direito à saúde e a tutela satisfativa antecipada em face da urgência. O direito à saúde apresenta uma compatibilidade intrínseca ao fundamento da urgência: o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional representa perigo de extinção do próprio direito pretendido. O ônus do tempo pode implicar não só a perda definitiva da saúde, como da vida do indivíduo.

Desta forma, na tutela do direito à saúde, a antecipação fundada na urgência neutraliza os males que podem ser causados pela demora na obtenção da tutela jurisdicional final (*periculum in mora*).

Com base na leitura de Mitidiero (2019a), é possível realizar uma análise mais aprofundada da aplicação da técnica antecipatória no direito à saúde, identificando o tipo de perigo na demora para além do pressuposto processual – o perigo que afeta o direito material.

O autor afirma que o perigo na tardança da tutela jurisdicional, o *periculum in mora*, constitui um pressuposto processual que concerne à utilização da técnica processual: “o perigo na demora consubstancia-se em conceito estritamente processual, que se articula a partir de uma situação somente verificável no processo” (MITIDIERO, 2019a, p. 155).

Existe, no entanto, outro tipo de perigo, o perigo de infrutuosidade, que se encontra em um plano diferente do perigo da tardança:

Enquanto o perigo na demora concerne à estruturação do processo, o perigo de infrutuosidade diz respeito à tutela do direito. O perigo de infrutuosidade concerne à possibilidade de obtenção de tutela específica e, portanto, diz respeito à integridade da tutela do direito. A infrutuosidade é conceito ligado diretamente ao plano do direito material. O direito só é útil se dele se pode fruir, isto é, se pode ser exercido. (MITIDIERO, 2019a, p. 155).

O perigo de infrutuosidade é o que se verifica no dano causado pela abstenção do Estado perante seu dever de prestar o serviço ou o produto de saúde. O dano impossibilita o titular do direito à saúde de fruir deste direito. A integridade da tutela deste direito só é possível na medida em que seu titular pode exercê-lo. A reparação deste dano depende da adoção de um comportamento, de um fazer, que sirva à frutuosidade do direito violado.

Mitidiero explica que a situação de infrutuosidade do direito pode ser combatida tanto mediante tutela conservativa, visando à realização futura (tutela cautelar), quanto mediante tutela satisfativa, que desde logo viabiliza a concreta fruição do direito.

A antecipação da tutela fundada na urgência pode viabilizar, desde logo, a fruição do direito à saúde por meio de uma tutela satisfativa, determinando ao Estado que se mova para atender a demanda, cumprindo o dever de entregar o produto ou serviço pretendido.

Quando se trata do direito à saúde, a infrutuosidade advinda do retardo na prestação da tutela jurisdicional representa o agravamento do dano, que pode ser verificado em situações concretas como a piora do estado de saúde, a perda das possibilidades de cura ou, até mesmo, o risco de morte.

O perigo na demora – que a técnica antecipatória se destina a combater – deve ser demonstrado com a comprovação de que a espera coloca em risco a frutuosidade do direito. Conforme observa Mitidiero (2019a), o perigo na demora precisa ser objetivo, concreto, atual e grave, para que seja capaz de determinar a antecipação da tutela.

O perigo objetivo não é aquele que decorre de simples temor da parte, mas deve estar apoiado em elementos da realidade. Para tanto, como demonstração do perigo objetivo,

podem ser empregados documentos, como exames e laudos médicos que comprovem sua existência.

Da mesma forma, estes documentos podem sustentar a demonstração de que o perigo é concreto, no sentido de que não se manifesta de forma aleatória ou hipotética, mas incide diretamente, de forma individualizada, sobre a pessoa que busca a tutela do direito.

O perigo é atual quando a infrutuosidade da tutela do direito é iminente. Ou seja, é necessária a demonstração de que a consequência danosa do não provimento pode ocorrer imediatamente.

Por fim, para ser grave, o perigo precisa colocar em risco a frutuosidade do direito. Assim, é preciso demonstrar que a passagem do tempo agrava os riscos da doença ou o risco de morte, tornando o direito mais ameaçado à medida que o tempo passa.

10.4 A irreversibilidade e o direito à saúde

Na tutela do direito à saúde, a técnica antecipatória pode conceder provimentos que desencadeiam efeitos irreversíveis no mundo dos fatos. Tomemos, por exemplo, uma ação em que o resultado pretendido seja a concessão de uma cirurgia para a retirada de um órgão do titular do direito subjetivo. Uma vez realizado o procedimento, torna-se impossível seu retorno ao estado anterior.

No Código de Processo Civil de 2015, o legislador infraconstitucional vetou a concessão da tutela satisfativa de urgência se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (BRASIL, 2015)²⁸. Conforme interpretação de Mitidiero (2019a, p. 151), “a vedação à irreversibilidade dos efeitos do provimento concerne apenas à impossibilidade de concessão de antecipação de tutela quando houver perigo de inviabilização de retorno ao *statu quo ante*”.

Esta é a hipótese que descrevemos no exemplo utilizado acima: a impossibilidade de retorno ao *statu quo ante* (estado de antes).

²⁸ Artigo 300, § 3º CPC/2015. (BRASIL, 2015).

Uma interpretação superficial da aplicação do dispositivo normativo ao caso concreto poderia ensejar que a antecipação de tutela não deveria ser aplicada ao direito à saúde, se não houvesse possibilidade de retorno ao estado anterior. O que, aparentemente, atingiria todos os casos, uma vez que o estado anterior seria um estado de não saúde, ou um estado de doença.

No entanto, Mitidiero (2019a) nos traz uma leitura em sentido diverso, indicando a interpretação mais adequada. O autor insere a vedação na perspectiva da “dinâmica iteração entre o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e o direito de defesa no processo civil”. Nesta perspectiva, Mitidiero afirma que a vedação é relativa e pode ser superada concretamente:

A decisão tomada pelo legislador infraconstitucional [...] pode muito bem ser afastada pelo juiz no caso concreto, caso só seja possível tutelar de forma adequada, efetiva e tempestiva a posição jurídica do autor com a antecipação de tutela, ainda que seus efeitos sejam irreversíveis. E isso por uma razão que atende à própria natureza da técnica antecipatória. Como é amplamente sabido, a lógica da antecipação da tutela está em prestigiar o direito provável em detrimento do direito improvável. (MITIDIERO, 2019a, p. 151).

Argumentando em favor desta posição, Mitidiero observa que o autor do pedido da tutela antecipada contra o perigo deve alegar e provar a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional.

Na presença desses dois pressupostos, negar a antecipação da tutela significa admitir “lesão a um direito que é provável”, para que o “direito do réu, que é improvável”, seja preservado da irreversibilidade. Segundo o autor: “deve prevalecer a lógica da tutela do direito provável em detrimento do direito improvável, sob pena de a ordem jurídica confessar-se impotente diante da ameaça ou da efetiva violação dos direitos” (MITIDIERO, 2019a, p. 151).

Voltando ao nosso exemplo: uma vez que o autor do pedido tenha demonstrado, suficientemente, a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional (em função da necessidade urgente da cirurgia), a antecipação da tutela satisfativa é a forma mais adequada e tempestiva de tutelar o direito pretendido.

Estamos chegando ao final da nossa pesquisa. Após estudarmos a técnica processual da antecipação da tutela e as possibilidades de sua aplicação, identificamos o potencial da antecipação da tutela fundada na urgência para realizar o direito à saúde.

Cabe-nos, agora, retomar o propósito inicial deste trabalho, consolidando as percepções a respeito da tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito à saúde, a partir da leitura constitucional do processo civil.

Desde já, adiantamos que a realização deste direito material por meio da adequação da tutela concretiza dois direitos fundamentais: o direito ao processo justo e o direito à saúde.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela jurisdicional do direito à saúde, a partir da leitura constitucional do processo civil, deve ser aquela capaz de realizar o direito material de forma efetiva. Esta realização ocorre mediante a adequação do processo, pelo emprego da técnica processual adequada à satisfação da demanda pretendida – adequada quanto aos efeitos e quanto ao tempo de sua atuação.

Para que o direito à saúde seja efetivamente tutelado, sua proteção deve se traduzir em realização no mundo concreto. Esta proteção é realizada, pelo Estado, em duas dimensões analisadas neste trabalho: por meio da tutela normativa e por meio da tutela jurisdicional. A tutela realizada pelo Estado juiz, pela via do processo, é direcionada pela tutela realizada previamente pelo Estado legislador, que conformou o direito material.

Porque o processo civil, concebido como um processo justo a partir dos preceitos constitucionais, visa, ao final, à concretização do direito material. É esta a razão de ser do acesso à jurisdição enquanto direito fundamental. Assim como o direito à saúde é um direito humano fundamental, o direito ao processo justo é um direito humano fundamental. Ambos estão situados no mesmo grau de proteção, no topo do ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado Constitucional.

A tutela normativa resulta de um processo histórico de reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, fruto do movimento de positivação dos direitos humanos, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil, o ingresso do direito à saúde na Constituição foi conduzido pela mobilização da sociedade. A saúde, direito de todos e dever do Estado, é uma norma jurídica legitimada pela vontade do povo. Entre os direitos fundamentais positivados na Constituição, o direito à saúde foi um dos que mais contaram com o impulso popular. É inegável sua condição enquanto conquista social.

O legislador brasileiro conferiu pré-requisitos formais e materiais para que o direito à saúde figure como direito fundamental. No texto constitucional, o direito à saúde está nomeado como direito social, e a doutrina também nos ensina, como nos mostrou Alexy, que o direito à saúde possui natureza de direito social.

Neste trabalho, olhamos para o direito à saúde buscando enxergar além de sua dimensão social. A partir da aplicação dos modelos lógicos da teoria estrutural de Alexy, identificamos a dimensão subjetiva do direito à saúde. A norma que determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado incide subjetivamente sobre o indivíduo. E isso implica diretamente a forma como este direito pode ser tutelado pelo Estado juiz.

A incidência da norma cria uma relação jurídica entre o sujeito, titular do direito à saúde, e o Estado, destinatário do direito, situado no polo oposto, como o devedor da prestação positiva – o fazer, que se materializa na entrega de produtos e serviços de saúde ao cidadão. Diante do não fazer, da não satisfação do direito, nasce, no indivíduo, a pretensão. Nasce a possibilidade de acionar o braço jurisdicional do Estado que deixou de agir no plano administrativo.

Estaria tudo resolvido se a aplicação lógica do modelo pudesse ser utilizada para resolver o conflito no plano jurisdicional. Mas a questão é mais complexa. A concretização da norma esbarra no debate doutrinário sobre a eficácia normativa dos princípios e a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais por meio do sopesamento ou da ponderação de princípios.

Princípios não são regras, não são aplicados com a lógica do tudo ou nada, como disse Dworkin. Alexy nos demonstrou que princípios podem ceder, quando colocados em choque com outros princípios constitucionais. Mas as normas constitucionais possuem eficácia direta – se está na Constituição, é para ser cumprido. A doutrina da efetividade promoveu a passagem “do velho para o novo direito constitucional”, e a constituição deixou de ser uma miragem, proclamou Barroso.

O Supremo Tribunal Federal confirmou – a norma programática não pode ser transformada em “promessa constitucional inconsequente”. Por outro lado, o STF também admitiu, com limitações, a reserva do possível, um princípio nascido na Alemanha que vem sendo recepcionado pela jurisprudência brasileira. O STF entendeu que a reserva do possível restringe o conteúdo integral dos direitos sociais diante da impossibilidade orçamentária do Estado. Mas a reserva do possível não pode ser invocada para eximir o Estado de cumprir suas obrigações constitucionais.

Concordamos com esta última afirmação. Entendemos que, em uma análise no plano da eficácia normativa do direito à saúde como direito fundamental, o comando normativo para que o Estado entregue a prestação só pode ser ponderado se entrar em choque com outro princípio da mesma importância.

O direito à saúde está diretamente vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Havendo a necessidade de sopesamento, a ponderação somente seria admitida se o princípio em conflito estivesse no mesmo grau – direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas a análise fica mais consistente se ultrapassar o debate sobre a eficácia dos princípios. O direito à saúde é um direito social e, ao mesmo tempo, possui dimensão subjetiva. A eficácia da norma do direito à saúde vem do comando programático do princípio nela contido e, também, da posição juridicamente tutelável do indivíduo.

Independente da reflexão a respeito do caráter ponderável dos princípios, persiste o direito subjetivo do indivíduo de acionar a jurisdição quando o Estado não cumpre o dever de prestar a ação positiva determinada pela norma.

Entramos, então, na segunda parte deste estudo. A movimentação do Estado juiz para reparar o dano causado pela omissão do Estado administrador se manifesta pelo comando judicial, obtido pelo indivíduo por meio do processo civil.

O acesso à jurisdição é direito fundamental que independe da existência do direito material. A existência do direito material será aferida durante o processo. E, confirmada a existência do direito material, a função do processo é realizá-lo no mundo dos fatos. Esta é a concepção de processo trazida pela leitura constitucional.

A leitura constitucional do processo nos informa que o processo justo é aquele que realiza a tutela adequada, tempestiva e efetiva. Voltamos ao indivíduo que é titular do direito subjetivo e que acionou a jurisdição para obter a prestação do Estado: a tutela adequada é aquela que satisfaz a pretensão, aquela que entrega o bem da vida pretendido. É, assim, uma tutela satisfativa. A satisfação pode ocorrer, por exemplo, pela reparação do dano na forma específica: o fazer do Estado através da entrega do bem ou serviço pretendido.

Entretanto, para que o processo seja adequado ao caso concreto, não basta que o indivíduo obtenha a tutela satisfativa. É preciso que ela chegue a tempo de realizar o direito material. Aproximamo-nos, assim, do ponto final de todo o nosso percurso: a escolha da técnica processual adequada à realização do direito à saúde.

Identificamos, entre diversas possibilidades disponíveis no ferramental do processo, que a antecipação da tutela apresenta uma vocação natural para realizar o direito à saúde. Esta vocação vem da sua capacidade de distribuir o ônus do tempo no processo.

A satisfação do direito à saúde possui relação direta com o tempo. Diante da perda da saúde, o decurso da espera significa o agravamento do estado de não saúde e a redução progressiva das chances de recuperação. A tutela adequada à realização do direito à saúde deve, necessariamente, equilibrar o peso do tempo.

A antecipação da tutela fundada na urgência representa uma possibilidade de reduzir o risco de infrutuosidade do direito à saúde. Na iminência de perda definitiva da saúde ou até mesmo da vida, o titular do direito obtém o provimento em tempo de usufruir do direito.

Quando iniciamos este trabalho, queríamos verificar em que medida o processo civil é capaz de efetivar o direito à saúde. Este percurso passou pela relação entre a tutela normativa e a tutela jurisdicional do direito à saúde, entendendo que a segunda existe em função da primeira.

Percebemos que o processo civil realiza o direito material por meio de um processo justo, que consiste na entrega de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. Quando, na tutela jurisdicional do direito à saúde, conjugam-se todos esses elementos – adequação, efetividade e tempestividade –, entendemos que o processo foi empregado na expressão máxima de sua capacidade de realizar o direito material.

Entre as técnicas processuais previstas pelo legislador, a antecipação da tutela se sobressai pela sua adequação, ao potencializar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. 624 p.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 338 p.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista dos tribunais. I Vol. 836, p.11. jun. 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6228596/mod_resource/content/1/Carlos%20Alberto%20Alvaro%20de%20Oliveira%20-%20Efetividade%20e%20tutela%20jurisdicional.pdf. Acesso em: 06 set. 2022.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: Do formalismo no processo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260-274. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 07 set. 2022.
- ARAUJO, Cassiano Silva; SOARES, Hebnor Pereira; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Teoria do possível à luz do STF: a fundamentalidade do direito à saúde como argumento justificador ao afastamento da reserva do possível. Jornal Jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/teoria-da-reserva-do-possivel-a-luz-do-stf-a-fundamentalidade-do-direito-a-saude-como-argumento-justificador-ao-afastamento-da-reserva-do-possivel>. Acesso em: 06 set. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 711 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Jurisprudência Mineira. A. 60, n. 188. Belo Horizonte, jan./mar. 2009. p. 29-30.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 240 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 set. 2022.
- BRASIL. Decreto Nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Promulga os atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 set. 2022.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 det. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_direitos_usuarios_saude_3ed.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselhos de saúde: a responsabilidade do controle social democrático do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/conselhos_saude_responsabilidade_controle_2edicao.pdf. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde- Brasília, 1986. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus-estrutura-principios-e-como-funciona>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRG. no Recurso Extraordinário N. 271.286-8 Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12.09.2000. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=hiv%20Rio%20Grande%20do%20Sul%20celso%20de%20mello&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. DJ, publicado em 04.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855178. Relator Ministro Luiz Fux. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 16 set. 2022.

CNS. Conselho Nacional de Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde: quando o SUS ganhou forma. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/592-8-conferencia-nacional-de-saude-quando-o-sus-ganhou-forma>. Acesso em: 02 set. 2022.

CONASS. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2009. Disponível em: http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_18.pdf. Acesso em: 01 set. 2022.

COSTA, Brenda Freitas da. Lições aprendidas. In: KIST, Ana Lucia Brochier; LELES, Fernando Antônio Gomes; VENTURA, Iasmine Lorena Silva; ALBUQUERQUE, Joanna Silva Santos; BORGES, Vanessa. Prêmio 2021 – APS forte no SUS: integralidade do cuidado. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2022. 199 p.

COSTA, Rennan Gustavo Ziemer da; BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. A responsabilidade civil do Estado por ineficiência na prestação do serviço público de saúde: uma análise à luz da teoria da *faute du service*. Revista da AGU. V. 16, n.04. Brasília, 2017.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O mínimo existencial como retrocesso sanitário para a efetivação do direito à saúde no Brasil. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo. Coletânea direito à saúde: institucionalização. Brasília: CONASS, 2018. 320 p.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. N. 9. Jan-dez 2001. P. 226-238. Disponível em: https://www.academia.edu/43266807/Sobre_dois_importantes_e_esquecidos_princ%C3%A9pios_do_processo_adequação_e_adaptabilidade_do_procedimento. Acesso em: 08 set. 2022.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; JOBIM, Marco Félix. As escolas de direito processual e o ensino do direito. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 24 (26). 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/11939>. Acesso em: 07 set. 2022.

FEBERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Rabelo. Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 628 p.

FIOCRUZ - Fundação Carlos Chagas – Linha do tempo: Conferências Nacionais de Saúde. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/linha-do-tempo-conferencias-nacionais-de-saude>. Acesso em: 01 set. 2022.

FLACH, Daisson. Processo e realização constitucional: a construção do devido processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (coordenadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 11-31.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Agência IBGE. PNS 2019: sete em cada dez pessoas que procuram o mesmo serviço de saúde vão à rede pública. IBGE: set. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-va-o-a-rede-publica>. Acesso em: 19 set. 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IX Recenseamento Geral do Brasil – 1980. Volume 1. Tomo 4. Número 1. Censo demográfico: dados gerais – migração – instrução – fecundidade – mortalidade. Rio de Janeiro: IBGE, 1983. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/72/cd_1980_v1_t4_n1_br.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.

KOPLIN, Klaus Cohen. Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas. Disciplina ministrada na modalidade de Ensino Remoto Emergencial (ERE) durante o semestre 2021/1 da Faculdade de Direito da UFRGS. Anotações da aluna. Porto Alegre, 2021.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1574 p.

LEOPOLDINO, Cândida Joelma; ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow; DAL BOSCO, Maria Goretti. A prática jurídica sob a ótica de Ronald Dworkin e a interpretação do direito à saúde como princípio da ordem jurídica fundamental. Revista internacional CONSINTER de direito. Ano II, número II. Lisboa, 2016. P. 275-302. Disponível em: https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-iii/parte-2-direito-publico/a-pratica-juridica-sob-a-otica-de-ronald-dworkin-e-a-interpretacao-do-direito-a-saude-como-principio-da-ordem-juridica-fundamental/#_ftn7. Acesso em: 03 set. 2022.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 33 n. 129. Jan /mar. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176384/000506401.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 set. 2022.

LOPES, Domingos Rodrigues. O papel central que adquiriram os princípios jurídicos no constitucionalismo a partir de meados do século XX: a abordagem de Dworkin versus a abordagem de Alexy. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26109/o-papel-central-que-adquiriram-os-principios-juridicos-no-constitucionalismo-a-partir-de-meios-do-seculo-xx>. Acesso em: 03 set. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. Vol. 1. Teoria do processo civil. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 636 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. 1.195 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Manual do Processo Civil. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 684 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016-2. 606 p.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 270 p.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4 ed. Porto Alegre: Thomson Reuters Brasil, 2019a. 223 p.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b. 215 p.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo. Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Ano 35. (183). São Paulo: Revista dos Tribunais. Mai. 2010. P. 165-194. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081781/mod_resource/content/1/Mitidiero%20-%20p.%20165-194.pdf. Acesso em: 08 set. 2022.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Constituição: as possíveis relações entre o processo civil e o direito constitucional no marco teórico do formalismo-valorativo. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS, (1). Porto Alegre: 2004. p. 251-284. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43504>. Acesso em: 08 set. 2022.

OMS. Organização Mundial da Saúde. WHO. World Health Organization. Constitution of the World Health Organization. New York, 22 July 1946. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1948/04/19480407%2010-51%20PM/Ch_IX_01p.pdf. Acesso em 01 set. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

PICARDI, Nicola. Resenha da obra do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. MITIDIERO, Daniel Francisco (tradutor). Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Nº 28. Porto Alegre: 2011. p. 201-207. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71071/40335>. Acesso em: 07 set. 2022.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 391 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 18. N. 74. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/82808665/Direitos_sociais_reserva_do_poss%C3%ADvel_e_o_m%C3%ADnimo_existencial_a_aporia_do_meio_adequado_de_satisfa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 16 set. 2022.

UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Manual para apresentação de trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses. 2 ed. Porto Alegre: UFRGS - Faculdade de Direito, 2019. 52 p.

VILAÇA, Danylo Santos Silva; REY FILHO, Moacir. A saúde para além do artigo 196 da Constituição de 1988. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo. Coletânea direito à saúde: institucionalização. Brasília: CONASS, 2018. 320 p.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. 408 p.