

**Colóquio Brasil Portugal**  
**O direito à saúde no Brasil.**  
**Quais os limites dos poderes públicos?**

Desembargador Renato Dresch  
Segundo Vice-Presidente Tribunal de  
Justiça de Minas Gerais e  
Superintendente da Escola Judicial  
Desembargador Edésio Fernandes  
Coimbra, 06 de outubro de 2023

## **1. Introdução**

Este escrito representa a contextualização de exposição apresentada no dia 06 de outubro de 2023, durante o Colóquio Brasil-Portugal, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o tema: “O direito à saúde no Brasil. Quais os limites dos poderes públicos?”.

## **2. A origem da garantia à saúde no Brasil**

No ano de 1978, realizou-se a *Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde*, em Alma Ata, ocasião em que extraída a **CARTA DE ALMA ATA**, na qual se conceituou **SAÚDE** como, “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Reconheceu-se, naquela oportunidade, que a saúde é um direito humano fundamental social.

## **3. O direito à saúde no Brasil**

No ano de 1986, durante a **8ª Conferência de Saúde do Brasil**, foi reafirmada a **Carta de Alma Ata**, definindo-se “saúde como dever do Estado e direito do Cidadão”.

O termo “cidadão” poderia ser **substituído por pessoa**, porque a saúde é direito social assegurado a qualquer pessoa em território nacional,

**independentemente da origem**, do título de **cidadania** ou da **condição financeira** que ostente.

#### **4. Consagração, na Constituição Federal de 1988, da saúde como um direito humano fundamental social**

A Constituição Federal brasileira de 1988 aderiu às conclusões da 8ª *Conferência de Saúde*, atribuindo à saúde a **qualidade de direito humano fundamental social** (art. 6º) e ligando-a aos valores da **igualdade** e da **dignidade humana**.

*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.*

A saúde, que se insere na seguridade social brasileira (CF, art. 194), constitui um **direito de segunda geração**, impondo ao Estado a obrigação de executar políticas públicas e de realizar ações afirmativas que garantam a consecução dessa finalidade a **todos**.

#### **5. Estrutura do sistema de saúde brasileiro**

A partir da Constituição brasileira de 1988, foi criado o sistema de saúde brasileiro, com a seguinte estrutura:

- **SAÚDE PÚBLICA**, que envolve ações realizadas diretamente pelo serviço público da União, dos estados, do Distrito Federal e/ou dos municípios.

- **SAÚDE COMPLEMENTAR**, realizada por previsão constitucional expressa (CF, art. 197) por entidades privadas, **preferencialmente filantrópicas e sem fins lucrativos**, formalizada por meio de convênios ou contratos de direito administrativo, sempre que as disponibilidades do Poder

Público forem insuficientes para atender à cobertura assistencial da população (Lei nº. 8.080/1990, arts. 24 e 25, § único).

- **SAÚDE SUPLEMENTAR**, realizada mediante contratos regulados pela Lei nº. 9.656/1998, por meio dos **planos e seguros de saúde**, para suplementar a atividade pública de saúde, mediante livre opção da população.

- **INSTITUTOS DE PREVIDÊNCIA** dos estados e municípios, que são regidos por regras de Direito administrativo e que realizam ações de saúde para servidores públicos e seus dependentes.

- **HOSPITAIS PRIVADOS**, que realizam ações através de “PORTA ABERTA” para quem tem recursos financeiros, ou através de parcerias celebradas com os planos e seguros de saúde.

Somente as três primeiras categorias (saúde pública, saúde complementar e saúde suplementar) integram o Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto aos institutos de previdência, trata-se de uma anomalia, porque incumbe ao SUS dar atendimento igualitário a toda a população.

## **6. Reconhecimento constitucional da saúde como direito de todos e dever do Estado**

A Constituição Federal brasileira reconhece como garantia o acesso igualitária e universal à saúde, **de acordo com políticas sociais e econômicas** para a realização de ações de promoção, de proteção e de recuperação da saúde.

*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.*

Outrossim, o art. 197 da Constituição Federal delega à lei a **regulamentação**, a **fiscalização** e o **controle**, além de prever a execução dos serviços de saúde de forma direta ou indireta, através de terceiros, por meio de convênios ou contratos de direito público, priorizando-se entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Em razão disso, houve regulamentação infraconstitucional, de modo que a relevância pública é o que estiver definido em lei.

## **7. Diretriz de integralidade de atendimento**

A Constituição Federal ainda fixa como diretriz a **integralidade de atendimento**, que deve ser compreendida como parte das políticas sociais e econômicas reguladas em lei, como estipulado nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal.

*Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

A norma não representa uma carta em branco, que assegure o acesso a tratamentos não previstos nas coberturas do SUS, ressaltando-se a hipótese em que estiver demonstrada a ineficácia, a acurácia e a efetividade daquilo que esteja inserido nas políticas públicas.

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

*(...)*

*II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;”*

O art. 6º, I, “d”, e o art. 19-M, I, da Lei Orgânica da Saúde brasileira (Lei nº 8.080/1990) são claros ao dispor que a assistência terapêutica integral consiste na:

*Art. 19-M (“omissis”)  
dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado.*

Nisso consiste a diretriz de integralidade prevista na Constituição Federal, cujas regras são também aplicáveis para a saúde suplementar (Lei 9.656/1998).

## **8. Responsabilidade e solidariedade sistêmica na execução de serviços de saúde**

A Constituição Federal estabelece a regra de responsabilidade comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para cuidar da saúde:

*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
(...)*

*II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.*

Estamos diante de uma regra de responsabilidade comum dos entes brasileiros, para a regulação e a implementação políticas públicas.

A previsão constitucional (CF, art. 197) de regulação e a implementação de políticas públicas implicam dizer que a solidariedade é apenas sistêmica, uma vez que restará fracionada com as providências administrativas que repartam atribuições e distribuam competências que garantam o acesso à saúde.

Aliás, a Lei nº 8.080/1990 traz regras claras de repartição de atribuições.

## 9. Repartição de competência na execução dos serviços de saúde

A responsabilidade dos entes na garantia do acesso da população à saúde é tema que tem angustiado os membros do Poder Judiciário, sobretudo na análise da repartição de atribuições e na distribuição de competências (nacional, regional ou local), com implicação na competência jurisdicional.

Criou-se, “data venia”, uma interpretação equivocada do art. 23, II, da CF, no sentido de haver responsabilidade comum (ou solidária) da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para cuidar da saúde.

Ocorre que o aludido artigo constitucional apenas prevê uma **solidariedade sistêmica**, exigindo que os entes federados regulem o Sistema Único de Saúde.

O fracionamento das responsabilidades, então, decorre da própria Constituição Federal, que, no seu art. 30, VII, atribui aos municípios a condição de prestadores diretos, embora em cooperação técnica e financeira da União e dos estados.

*“Art. 30. Compete aos Municípios:*

*(...)*

*VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”*

Dentro do sistema descentralizado brasileiro, a Constituição Federal indica o município como executor direto das ações e serviços de saúde. Assim, o fato de já haver na norma a indicação de um prestador afasta, por si, a solidariedade genérica.

No entanto, os serviços de saúde devem ser realizados em rede de atendimento, dentro de uma responsabilidade pactuada, conforme previsto no art. 198 da Constituição Federal, que determina expressamente a criação dessa rede regionalizada e hierarquizada, com descentralização das ações em cada esfera de governo.

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

*I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;*

Por conseguinte, o fato de haver determinação constitucional de criação de uma rede significa dizer que a responsabilidade não é comum (ou solidária).

A afirmação de que o sistema de saúde é único **em cada esfera de governo** conduz à conclusão de que haverá descentralização.

A Lei nº 8.080/1990 fixa, de forma clara, que a responsabilidade financeira de cada ente ocorre de acordo com a pactuação na comissão intergestores tripartite.

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

Essa disposição normativa implica reafirmar que a anunciada solidariedade do art. 23, II, da Constituição Federal tem natureza meramente sistêmica, impondo aos entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) que, de forma descentralizada, regulem, instituem políticas públicas e pactuem a responsabilidade de cada qual.

## **10. A iniciativa privada no atendimento à saúde**

Embora o direito à saúde pública esteja assegurado na Constituição Federal brasileira como direito humano fundamental social, com garantia de acesso universal e igualitário dentro de uma diretriz de integralidade, o constituinte de 1988 não excluiu a participação da iniciativa privada, o que decorreu da percepção de que o Estado não teria condições de imediata implementação da saúde para todos.

Por isso, ao lado da saúde pública com execução direta, prestada pelo Poder Público diretamente ou por meio da denominada **saúde complementar** – consistente na execução dos serviços mediante convênios ou contratos de direito público com instituições privadas, preferencialmente com entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos –, também existem a **saúde suplementar** e os hospitais privados.

Sobre o tema, dispõe a Constituição Federal:

*Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

*§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos*

Existe previsão de preferência à filantropia e às entidades sem finalidade lucrativa.

A **saúde suplementar**, representada pelos planos e seguros privados de saúde, está regulamentada pela Lei nº 9.656/1998; é realizada por meio de contratos dos planos e seguros de saúde.

A atividade privada de saúde é realizada mediante a contratação de instituições privadas para realizar ações de saúde.

Existem, ainda, institutos de previdência dos estados e dos municípios, que não integram o Sistema Único de Saúde e que foram instituídos antes da Constituição de 1988 e assim foram mantidos.

De algum modo, existe uma ambiguidade no sistema de saúde brasileiro. Tratando-se de um direito humano fundamental social com a garantia de acesso universal e igualitário, dentro de uma diretriz de integralidade, não se justificaria criar um sistema separado para os servidores públicos. Contudo, esses institutos têm natureza administrativa e o acesso a eles depende de adesão contributiva voluntária, nos moldes dos planos de saúde privado.

Caso o Sistema Único de Saúde estivesse organizado administrativa e financeiramente de forma plena, o próprio sistema privado de saúde não teria razão de existir. Contudo, o legislador constituinte estava ciente das dificuldades de implementar a universalidade de acesso e a integralidade de atendimento.

## **11. O Poder Judiciário no contexto do acesso à saúde**

O Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro tem sido protagonista e ativista nas questões de saúde, aderindo a uma regra de constitucionalismo de eficiência, com o reconhecimento das normas constitucionais como de eficácia plena e de efeito concreto.



O STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como órgãos de controle de constitucionalidade e de legalidade respectivamente, realizaram diversos julgamentos sob a sistemática dos recursos repetitivos, fazendo interpretações com efeito vinculante para todas as demais instâncias jurisdicionais inferiores, acerca da melhor aplicação a ser dada ao regime constitucional e infraconstitucional do alcance das regras de atendimento à saúde.

No contexto constitucional, o Poder Público tem o dever de prestar assistência à saúde, de modo a garantir, dentro de uma rede regionalizada e hierarquizada, o acesso universal e igualitário, realizando ações que atendam a todas as necessidades dos pacientes, podendo instituir como limite apenas a medicina baseada em evidências.

O Poder Judiciário, como guardião da constitucionalidade e da legalidade, tem o dever de garantir acesso de todos a qualquer tipo de terapia de saúde, desde que fundada na medicina baseada em evidência.

## 12. Reflexão final

“É necessário compreender que as pessoas também morrem de causas naturais e de idade avançada, de modo que a morte não é um fato anormal.” (ROSS, Elisabeth Kübler. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 06.)

### **Muito Obrigado!**

Desembargador Renato Dresch

Segundo Vice-Presidente Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superintendente da Escola Judicial

Desembargador Edésio Fernandes

