

## **DEMOCRACIA SANITÁRIA: FUNDAMENTO DE POSITIVAÇÃO, DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

### **HEALTH DEMOCRACY: THE BASIS FOR ESTABLISHING AND REALIZING THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND EXERCISING CITIZENSHIP**

Sherydan Engler Lara<sup>1</sup>  
Taynara Stefani Schmitz<sup>2</sup>

**Resumo:** A saúde pública é uma questão que ainda contorna inúmeros debates, especialmente acerca de sua eficácia e efetividade, bem como é objeto de diversas pesquisas. Neste sentido, com o presente artigo buscar-se-á fazer uma análise da democracia sanitária, temática carente de pesquisas e debates de maior profundidade, mas de extrema importância, visto sua essencialidade como forma de concretização do direito à saúde. Para isso, primeiramente será analisada o direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e posteriormente, de forma sucinta, será abordado a busca pelo direito à saúde no Poder Judiciário quando o respectivo direito não é efetivado pelo poder público. Para conseguir desenvolver a pesquisa utilizar-se-á como método o dedutivo, com a respectiva produção científica baseada em livros, artigos e legislações sobre o tema, a que se dará forma pesquisa qualitativa.

**Palavras-chave:** Cidadania. Direito à Saúde. Democracia Sanitária. Direitos Fundamentais.

**Abstract:** Public health is an issue that is still the subject of countless debates, especially about its efficacy and effectiveness, as well as being the subject of various studies. With this in mind, this article seeks to analyze health democracy, a subject that lacks more in-depth research and debate, but which is extremely important, given its essential importance as a way of realizing the right to health. To this end, we will first analyze the right to health in the 1988 Federal Constitution and then briefly address, the search for the right to health in the Judiciary when the respective right is not enforced by the public authorities. In order to develop the research, the deductive method will be used, with the respective scientific production based on books, articles and legislation on the subject, which will take the form of qualitative research.

**Keywords:** Citizenship. Right to Health. Health Democracy. Fundamental Rights

### **1. Considerações iniciais**

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), área de concentração em Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa de estudos PROSUC/CAPES, modalidade I. Bacharel em Direito pela Faculdade de Itapiranga – SC (FAI) com bolsa integral pelo Programa de Universidade para Todos (PROUNI). Lattes: E-mail: sherydan.lara@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bacharelada em Direito pela Faculdade de Itapiranga – SC (FAI). E-mail: taynaraschmitz@yahoo.com.br.

O debate relacionado à saúde pública, é de extrema pertinência dentro do campo dos direitos humanos, vez que, por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde tornou-se, indiscutivelmente, direito fundamental, razão pela qual sua efetivação, com qualidade, de forma extensiva e indiscriminadamente a todos os cidadãos, trata-se de dever do Estado. A efetivação deste inestimável direito, embora imprescindível em todo Estado Democrático, é considerada um desafio na sociedade brasileira, visto as dificuldades encontradas no serviço público de saúde.

Ademais, com o intuito de construir a presente pesquisa, o problema orientou-se e pode ser sintetizado na seguinte objeção: a democracia sanitária pode ser compreendida como uma forma de fundamento de positivação e concretização da saúde no Brasil?

Com efeito, para viabilizar essa pesquisa e possivelmente alcançar o objetivo proposto, primeiramente far-se-á uma breve análise sobre o direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988. Em um segundo momento, construir-se-á uma perspectiva a judicialização do direito à saúde, visto as inúmeras demandas submetidas ao Poder Judiciário em face do Estado, voltadas à efetivação do direito à saúde, a que se exemplifica a densa massa processual de ações de obrigação de fazer que objetivam o fornecimento de medicamentos.

No terceiro momento do desenvolvimento será analisado a democracia sanitária, objeto da presente pesquisa, pautado, especialmente, na produção científica de Fernando Mussa Abujamra Aith, cujo trabalho geraram a obra “Direito à saúde e democracia sanitária”, tema esse que há ínfima discussão e bibliografia, visto que a terminologia democracia sanitária não é tradicionalmente utilizada no Brasil, em que pese a existência de legislações que atestam essa forma de efetivação do direito social à saúde.

Para atingir o objetivo proposto utilizar-se-á o método dedutivo, à medida que se inicia de uma temática geral, qual seja, o direito à saúde no Brasil, para uma discussão específica acerca da democracia sanitária. A técnica de pesquisa adotada é, em geral, qualitativa, com utilização de revisões bibliográficas relacionadas à temática, bem como a análise de atuais decisões judiciais.

## **2. O direito fundamental à saúde na ordem constitucional brasileira**

A saúde, assim como outros direitos fundamentais, está consagrada na Constituição Federal de 1988, estes considerados como um conjunto de valores básicos, impreterivelmente



necessários e atribuídos a todos os indivíduos indistintamente. Conforme elucidada Luigi Ferrajoli (2011), os direitos fundamentais são de ordem subjetiva, voltados a todos os seres humanos, vez que iguais entre si. Portanto, os direitos fundamentais apresentam a especial característica de universalidade.

Uma vez que os atingidos por esses direitos são os indivíduos, a Constituição outorga significado excepcional e uma atenção redobrada aos direitos individuais, colocando-os no início do texto constitucional, possivelmente com a intenção de atribuir-lhes especial destaque. Assim, com esse destaque, é possível observar a atribuição de um modelo extremamente democrático e social, pois a Constituição Federal de 1988 confere caráter de igualdade a população (TOALDO; BERGHAHN, 2014).

Neste sentido, Roberta da Silva e Aline Marques (2015) parte de uma visão positivista acerca dos direitos fundamentais, atribuindo o respectivo caráter quando positivados nas Constituições, em relações aos quais há dever de proteção pelo Estado. Nesse viés, os direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado.

Ainda relacionando a saúde como um direito fundamental, se faz cogente trazer ao debate os apontamentos do Ministro Luís Roberto Barroso (2007) cujo teor dispõe que o Estado constitucional de direito circunda em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos (BARROSO, 2007, p. 10).

Por seu turno, com certa similaridade ao direito à vida, a efetivação do direito à saúde apresenta-se como necessário a concretização do princípio dignidade da pessoa humana, este fundamento da República Federativa do Brasil.

Acerca do direito à saúde não seria diferente, à medida que este é previsto como direito



fundamental social expressamente no art. 6<sup>o</sup>, *caput*, da Constituição Federal. Por seu turno, visto ser esse um direito atinente a todos e de responsabilidade do Estado, o direito à saúde é também retomada no art. 196<sup>4</sup> do mesmo diploma legal, quando observa o amplo dever do Poder Público em resguardar e garantir esse direito (SLAIBI, 2010).

Com efeito, evidenciando-se a saúde na ordem constitucional, igualmente destaca-se sua indiscutível condição enquanto direito fundamental, uma vez que positivado no art. 196 da Carta Magna, razão pela qual impõem ao Estado obrigações positivas, a que se relaciona a política pública de implementação do Sistema Único de Saúde – SUS, entre as quais se destacam a aplicação mínima dos recursos na área da saúde, bem como o amplo dever de observação do direito à saúde (TOALDO; BERGHAWN, 2014).

Ocorre que o direito à saúde, segundo apontam Gabrielle Kölling e Gabriela Zahia Jaber (2016) nem sempre foi reconhecido como um direito fundamental.

Esse status de direito fundamental somente foi dado à saúde na Carta Magna de 1988, que foi além de reconhecê-lo como tal, mas sim, estabeleceu as bases para o Sistema Único de Saúde – SUS. No que tange à nomenclatura direito fundamental pode-se dizer que essa foi construída a partir da participação, porque não, inusitada, da população, cujo ensejo foi a temática dos direitos humanos, além do contexto social vivenciado na década de 80, que era o momento ideal para a construção de um documento social e político (JABER; KÖLLING; 2016, p. 79)

Portanto, conforme assevera Toaldo e Berghahn (2014) o objetivo de se prestar serviços de saúde amplamente aos indivíduos, a partir do texto constitucional, é evidenciado, à medida que os direitos fundamentais são amplos, universais e, portanto, acessíveis a todos. Assim, observa-se a significativa relevância atribuída ao tema na Constituição, com previsão ainda em seu art. 197, no art. 198, inciso II, quando trata do atendimento integral, e no art. 196, *in fine*, do acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, é possível observar o direito à saúde em diversos momentos na Constituição Federal, seja em um plano de direito, ou em um plano de dever, dever esse prestado pelo Estado, no sentido amplo de Poder Público. Devendo ter eficácia direta e imediata, pois a saúde envolve

---

<sup>3</sup> Art. 6<sup>o</sup> 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).

<sup>4</sup> 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).



subjetivamente outros direitos, bem como o direito superior que é a vida.

Além disso, em que pese os serviços públicos de saúde serem concretizados através de um sistema unificado, a Constituição Federal de 1988 possibilitou que a iniciativa privada atuasse no setor, podendo a exploração econômica dos serviços de saúde se dar através de duas modalidades distintas, quais sejam, a complementar e suplementar, na qual a primeira ocorre quando o prestador de serviços de saúde exerce sua atividade consoante as diretrizes do SUS, enquanto a suplementar atua sem vínculo direto com o SUS (KÖLLING; JABER, 2016).

Com efeito, a partir da respectiva previsão constitucional, a prestação do serviço público de saúde não estaria mais restrita aos trabalhadores do mercado formal, mas seria de acesso universal e igualitário. Neste sentido, o Estado, com o escopo de efetivar essa gestão universal, organizou o Sistema Único de Saúde, atribuindo aos entes federativos competência concorrente, o que significa que tanto a União, Estados tem competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde, conforme estabelecido no art. 24, inc. XII<sup>5</sup> da Constituição Federal (PETERSEN, 2011).

No entanto, far-se-á necessário salientar, que apesar de sua concretização depender da ampla atuação pública conjunta, representada pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, através do instrumento das políticas públicas ao Município atribui-se, em especial, a responsabilidade pela atenção básica dos serviços de saúde, compreendida essa, dentro do pilar da integridade (JABER; KÖLLING, 2016).

Ainda no que tange a competência, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, salienta-se:

“A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas” (BARROSO, 2007, p. 15).

Contudo, a solidariedade entre os entes federativos tem o condão de tornar os serviços na área da saúde ainda mais eficazes, bem como servir de alicerce para decisões judiciais, quando se questiona a competência ou quando é utilizado como pretexto a falta de orçamento

---

<sup>5</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (BRASIL, 1988).

por determinado ente federativo.

**Ementa:** APELAÇÕES CÍVEIS. ECA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO DE MONTENEGRO. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO FONOTERAPÊUTICO E PEDAGÓGICO ESPECIALIZADO. CARÊNCIA ECONÔMICA DEMONSTRADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FADEP. CABIMENTO. REDUÇÃO. CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. 1. A responsabilidade pelo atendimento à saúde (no caso, fornecimento de tratamentos fonoterapêutico e pedagógico especializados) é solidária entre União, Estados e Municípios. Eventual deliberação a respeito da repartição de responsabilidade compete unicamente aos entes federativos, a ser realizada em momento oportuno, tendo em vista a solidariedade existente entre todos, não podendo o particular ter limitado seu direito à saúde, garantido constitucionalmente, por ato da Administração Pública. 2. Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. 3. Caso concreto em que restou devidamente comprovado nos autos a necessidade de o infante realizar os tratamentos postulados, bem como a ausência de condições financeiras de sua família para fornecê-los. 4. Tendo em vista a natureza, a importância da causa e a orientação desta Colenda Câmara, impõe-se a redução do valor dos honorários advocatícios. 5. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões pertinentes para solucionar a controvérsia. **APELAÇÃO DO ESTADO DESPROVIDA. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70075751982, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08/03/2018)

A ementa acima tem o propósito de elucidar que os entes federados são solidários entre si, conforme mencionado e previsto na Constituição Federal, podendo ser considerada também um direito do indivíduo e dever do Estado como forma de concretizar o direito à saúde, não podendo ser restringido o direito do cidadão por falta de condições financeira pela administração pública, visto tratar-se de um direito fundamental que deve ser prestado, especialmente à aqueles que necessitam.

No entanto, é frequente encontrar certo grau de dificuldade em abordar amplamente a dimensão de saúde, visto que o texto constitucional não define com precisão o que a respectiva norma legal entende por saúde, de modo que resulta em elevada exigência de atuação do judiciário nas questões relacionadas à saúde e efetivação dos direitos a ela relacionados. Por sua vez, eclodem críticas relativas à judicialização excessiva de demandas relacionadas a saúde, concentradas especialmente nos riscos para a legitimidade democrática, na indevida politização da esfera judicial, bem como concernentes aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário (TOALDO; BERGHAIN, 2014).

Por outro lado, quando entra em debate o Sistema Único de Saúde, importante esclarecer a existência de muitos debates e controvérsias acerca da ampla efetividade, de modo



que é cogente observar as pesquisas de Lislei Teresinha Preuss.

Com a instituição do SUS, a equidade na saúde avançou principalmente no que se refere à ampliação do acesso, criação e execução de novos programas; se ampliou a cobertura de inúmeros serviços, porém ainda persiste a desigualdade de acesso da população ao sistema de saúde. Persistem diferenças de acesso, limites e oportunidades diferenciadas em virtude de critérios seletivos e excludentes. O princípio da universalidade tem contribuído para a ampliação do acesso aos serviços de saúde, porém não tem criado condições para o estabelecimento da equidade. Torna-se necessário, para isso, a reformulação e adaptação de programas e ações, objetivando equilibrar a distribuição e a organização de serviços conforme as necessidades específicas de cada segmento social que apresenta um variado leque de demandas, nem sempre percebidas e atendidas pelo poder público (PREUSS, 2012, p. 287).

Como o Estado Brasileiro, é um país com território de escala continental, torna-se realmente um desafio atender todas as necessidades, entretanto é necessário atendê-las, visto que o direito a saúde é de caráter fundamental e constitucionalmente positivado, de modo que o Estado deve buscar mecanismos para que as demandas possam ser amplamente atendidas, independentemente de haver ou não dificuldades de acesso aos serviços de saúde. Ocorre que, à medida que o serviço de saúde não é prestado integralmente ou ainda parcialmente pelo Estado, aos indivíduos restam buscar junto ao Poder Judiciário solução ao impasse, situação que será analisada no ponto subsequente.

### **3. A demanda por efetivação do direito fundamental à saúde no Poder Judiciário**

Por vezes o Estado, através do Poder Executivo, apresenta-se insuficiente para fornecer de forma igualitária a todos uma saúde de qualidade. Diante disso, à medida que o indivíduo ansia pela efetividade de seu direito fundamental constitucionalmente previsto, este busca o Poder Judiciário para solucionar os conflitos, com a finalidade de exigir a concretização fática das normas legais pertinentes e especificamente para resguardar o direito à saúde, razão pela qual é possível observar inúmeras ações de obrigação de fazer em face do Estado relacionadas à prestação de medicamentos e há concessão de tratamentos e exames.

Nesse contexto de ineficácia do direito fundamental à saúde o Ministro Luís Roberto Barroso elucidada:

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do

Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde (BARROSO, 2007).

Acerca da temática relacionada a efetivação do direito fundamental à saúde, também se posiciona a segunda câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ESTADO E MUNICÍPIO. PACIENTE PORTADOR DE TRANSTORNO DEPRESSIVO GRAVE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: QUETIAPINA, BUPROPIONA E TOPIROMATO. DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MANUTENÇÃO. PLANO DE SAÚDE PARTICULAR. - O direito à saúde e a solidariedade dos entes públicos na sua garantia é matéria já pacificada tanto neste Tribunal de Justiça quanto nas Cortes Superiores. Trata-se de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade. - Mantém-se o deferimento de pedido de tutela recursal quando a parte interessada colaciona aos autos atestado médico indicando a existência da moléstia e a necessidade do procedimento, bem como comprova a carência financeira para aquisição. - O fato de o cidadão ser conveniado a plano de saúde particular não afasta, por si só, o direito à saúde a ser suprido pelos entes estatais como garantia constitucional. - As restrições impostas pela Lei n.º 8.437/92, conforme a disposição do art. 1.059 do CPC, hão de se ater às circunstâncias do caso concreto, de modo a evitar que a demora na prestação jurisdicional importe no perecimento do direito, pois, do contrário, restariam arranhadas, a um só tempo, duas garantias fundamentais: inafastabilidade da jurisdição e a duração razoável do processo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70076348747, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 08/03/2018).

Como é possível observar nessa recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o direito à saúde é universal, e independentemente de o indivíduo ter ou não plano particular deverá ser atendido e ter seu direito garantido da mesma forma, pois trata-se de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.

Ademais, retoma-se novamente o texto do Ministro Luís Roberto Barroso que afirma que “o controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática” (BARROSO, 2007, p. 21). Assim, à medida que as políticas públicas e as deliberações concernentes a respectiva matéria possuem forma definidas pela Constituição Federal de 1988 ou leis válidas em harmonia com esta, passível é controle jurisdicional dos atos administrativos

(BARROSO, 2007).

Sem dúvida o direito à saúde reveste-se de força constitucional, de modo que é dever do Estado assegurá-lo. Para a concretização deste direito fundamental, destaca Fernando Mussa Abujamra Aith (2017) a necessária atenção que deverá ser atribuída às normas de regulação supervenientes a Constituição, vez que a definição de “saúde”.

Por infelicidade, indivíduos, com a necessidade de tratamentos médicos específicos, eventualmente não estão inclusos no planejamento da política do Sistema Único de Saúde, tem a necessidade de pleitear judicialmente a efetivação do direito à saúde, geralmente em face dos municípios e estados. Ante este cenário, resta ao Poder Judiciário, sem desvirtuar da base normativa, a função de sopesar o interesse jurídico da parte autora, a fim de equalizar a realidade fática processual, o direito fundamental à saúde e à possibilidade de inclusão do caso concreto na política implementada (PETERSEN, 2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. O art. 196, da CF, é norma de eficácia imediata, independendo, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou tratamentos. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos fere o direito subjetivo material à saúde. Agravo de instrumento provido.

(TJ-SP 20927474220178260000 SP 2092747-42.2017.8.26.0000, Relator: Camargo Pereira, Data de Julgamento: 25/07/2017, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/07/2017).

Conforme verificado, o fornecimento de medicamentos é objeto constante de ações contra o Poder Executivo, pautando-se sempre no art. 196 da Constituição Federal, dispositivo este que assevera o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. Nessa mesma linha de pensamento, Adriane Medianeira Toaldo e Márcia Muhlbaier Berghahn (2014), ressalta a frequente necessidade de intervenção do Poder Judiciário em litígios relacionados a carências na área da saúde, especialmente em decorrência do risco dos indivíduos em não suprirem suas necessidades sob o ponto de vista médico e diante descasos nos centros de atendimento.

Nesse sentido, com o objetivo de salvaguardar o direito à saúde, a Constituição Federal apresenta densa gama normativa orientadas à tutela deste direito, tais como garantias de preservação a qualidade de vida da população. Neste sentido, imediatamente no preâmbulo da Constituição, destaca-se a indispensabilidade do Estado democrático em assegurar o bem-estar da sociedade, o que inclui a saúde pública (JABER; KÖLLING, 2016).



Em contraponto, buscando evitar uma fenda expansiva do poder de intervenção do Poder Judiciário, Adriane Medianeira Toaldo e Márcia Muhlbaier Berghahn (2014), estabelecem ressalvas quando a atuação excessiva daquele à medida que entendem que o judiciário deve demandar atenção com intervenções desproporcionais, especialmente em temas que não cabe a sua ordem julgá-los, razão pela qual deverá se restringir a situações carentes de regulamentação ou quando identificadas ausência de ações público-administrativa com referência à Constituição.

Diante deste cenário, assevera Marcelene Carvalho da Silva Ramos (2004) acerca da efetivação do direito fundamental à saúde:

A partir disso, constata-se nova alteração no posicionamento jurisprudencial, que mais atualmente parece ter encontrado um “caminho do meio”, abandonando a concessão indiscriminada e irrazoável de prestações materiais que envolvem o direito à saúde, para adotar uma postura que, ao tempo em que reconhece no direito à saúde um direito fundamental social, não o compreende mais como apenas um direito individual, mas prestigia sua dimensão subjetiva pública, portanto, direito de todos e de cada um, porém, rendendo-se à evidência de que compete à Administração Pública, por meio de aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população; e que, ainda, a racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente visam atingir o maior número possível de beneficiários; sendo finalmente que as diretrizes da política social e econômica traçadas pelo Estado têm por objetivo assistir a saúde de toda a população (RAMOS, 2004, p. 20).

Nesta perspectiva o debate sobre democracia sanitária, em relação a qual sobrevirá análise, torna-se necessário e imprescindível, vez que essa consiste no modelo de exercício participativo do poder estatal, por meio do qual a população exerce a sua soberania, utilizando-se das garantias jurídicas oferecidas pelo Direito. No Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, há o processo de consolidação da democracia sanitária, a qual emerge pautada em um conjunto expressivo de garantias jurídicas que se complementam e que se unem, em consonância com a dinâmica social, no intuito de formatar e compreender a real extensão do significado de direito à saúde, bem como de viabilizar condições para o exercício pleno deste direito, de modo que restrições ao direito à saúde teriam validade somente após amplo debate democrático e participativo (AITH, 2017).

Neste sentido, a justificativa para a busca por direitos fundamentais pelos cidadãos assenta-se no fato de o Estado não ter condições ou não criar as condições que permitam a oferta de saúde amplamente. Portanto, se faz necessário que se definam objetivos mínimos de prestações de serviços que devem ser providas pelo Estado, para garantir este direito. A



efetividade deste limite, na hipótese de inobservância, poderia ser exigida através da via judicial (TOALDO; BERGHAHN, 2014)

Portanto, resta evidenciado que reconhecimento do direito à saúde não é um dado *a priori*, mas é de fato construído no cotidiano das relações, a partir das demandas travadas entre os usuários, o Estado e a sociedade civil. Assevera-se que qualquer direito de caráter universal requer do Estado a atuação positiva, no caso específico do direito à saúde, exige oferta de serviços adequados e o acesso integral, com distintos níveis de atendimento, a fim de comportar as mais diferentes necessidades dos cidadãos (PREUSS, 2012).

Dessa forma, observa-se que o Poder Judiciário é provocado a intervir vez que identificado como recurso a aqueles que não tem seus direitos tutelados pelo Estado, tal como ocorre com o direito à saúde. Embora a necessária cautela do Poder Judiciário quando da análise particular dos casos concretos, não deverá sobrevir prejuízos ao direito fundamental à saúde, razão pela qual, diante deste cenário tênue, é válido o debate acerca da democracia sanitária, vez que considerada como importante forma de concretização deste direito.

#### **4. Democracia sanitária como fundamento de positivação do direito de saúde**

Compreender o significado político e social de Direito à Saúde é de extrema importância contemporaneamente, no entanto, à medida que há em discussão a efetivação e concretização do direito à saúde, importante torna-se compreender o significado de uma Democracia sanitária que realmente dê a devida efetividade ao direito de saúde, conspirando assim, como o verdadeiro fundamento de positivação da saúde em direito. E um autor que aprofundou suas pesquisas sobre esse tema, foi Fernando Mussa Abujamra Aith em seu livro “Direito à saúde e Democracia Sanitária”.

O conceito de democracia sanitária foi desenvolvido na França, em analogia ao conceito já consolidado de democracia social. Por seu turno, o desenvolvimento sob a perspectiva teórica e legal desse conceito sobreveio com a acentuação do poder de mobilização e cobrança dos movimentos sociais e associações de doentes, especialmente no campo das doenças raras. A respectivas mobilizações auferiram, continuamente, maior proporção, bem como incorporaram novas demandas e novos grupos (AITH, 2017).

Embora, segundo o autor no Brasil, já possuir experiências e leis suficientes para que seja possível afirmar a existência da democracia sanitária, tanto no panorama social, político e

jurídico, não há tal terminologia em leis e não houve avanços suficientes na compreensão de como a democracia sanitária se opera no Brasil em favor da efetivação do direito social à saúde. No entanto, Fernando Mussa Abujamra Aith buscou um possível conceito para democracia sanitária:

Democracia sanitária é o regime de governo do povo, aplicado aos temas relacionados à saúde individual e coletiva, por meio do qual os cidadãos participam e influem ativamente, de forma deliberativa ou consultiva, nos processos de tomada de decisões estatais de saúde de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (AITH, 2017, p. 86).

Indagar-se acerca do tema democracia sanitária é justamente questionar o exercício pleno da democracia, ou seja, da soberania popular. Em análise sobre a democracia Norberto Bobbio destaca que este regime político tem o condão de assegurar a mais ampla participação dos cidadãos, seja de forma direta ou indireta, nas decisões de interesse da coletividade. A democracia é, portanto, uma forma de governo que visa possibilitar a todos os cidadãos, sem distinções discriminatórias e que estejam em gozo dos direitos políticos, o direito de determinar como o Estado se conduzirá (BOBBIO, 2006).

Com efeito, entende-se que a democracia sanitária depende, para a sua plena existência e operacionalidade, de sociedades consolidadas e organizadas em Estados Democráticos de Direito, uma vez que exige o exercício de liberdades civis e políticas, bem como a existência de Estados governados por leis, a separação dos poderes da república e igualmente de suas funções estatais com o respectivo reconhecimento jurídico formal de responsabilidades do Estado voltados à proteção da dignidade das pessoas e dos direitos humanos (AITH, 2017).

Ainda, segundo o autor, a democracia sanitária tem por preocupação, especificamente, conhecer e analisar as inúmeras formas de exercício da soberania popular no debate de temas relativos à saúde individual e coletiva, bem como incentivar a ativa participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão a serem adotados por todos os poderes do Estado. Nesse diapasão, busca cumprir uma função prática relevante, uma vez que possibilita objetiva abordagem, especialmente por meio da identificação das instituições e processos de participação desenvolvidos no campo jurídico (AITH, 2017).

É possível observar que a efetivação plena do direito fundamental à saúde carece da participação de todos os atores sociais, para que as políticas públicas nesta seara sejam oriundas de opções do administrador público e do legislador, pautadas sob critérios médico-científicos

de absoluta seriedade e que possibilitem atender de forma à população integralmente, sem desfocar aquilo que é razoável exigir da sociedade. Neste sentido, a utilização de recursos financeiros públicos na saúde deve observar a efetiva necessidade da prestação material de saúde, bem como a eficácia terapêutica do tratamento solicitado – administrativa ou judicialmente. Com efeito, a respectiva forma de condução é capaz de efetivar à democracia sanitária, bem como gerar a atenuação da complexidade da questão sanitária (RAMOS, 2004).

Nesse diapasão, Fernando Mussa Abujamra Aith (2017) destaca que a democracia sanitária apresenta uma importante dimensão política, a qual possui reflexos nos pleitos eleitorais e extremamente presente nos debates político-partidários, na mobilização social voltadas à imposição de pautas relacionadas à saúde na agenda política nacional, na movimentação no intuito de auferir financiamento para esta área, bem como na participação direta do cidadão nas instituições e processos decisórios do Estado através do exercício da participação popular.

Importante salientar que, por vezes, a legitimação democrática do direito à saúde pressupõe a participação da população para fins de definição das ações estatais realizadas em benefício deste direito, entre as quais destacam-se as políticas públicas de saúde a serem implementadas assim como as normas jurídicas destinadas a organizar o sistema de saúde pública e determinar os comportamentos individuais, coletivos e estatais a ela relativo (AITH, 2017).

O autor ainda busca analisar as garantias jurídicas da democracia sanitária, partindo do reconhecimento da saúde como um direito de todos e um dever do Estado, e para isso ele classifica as garantias em constitucionais; instituições jurídicas e processos jurídicos que visam garantir a democracia sanitária no país.

As primeiras, consideradas garantias constitucionais, são instituídas pela Constituição, cujo desígnio é permitir pleno exercício dos direitos políticos, da cidadania e dos direitos fundamentais. Em razão destas garantias é possível a democracia sanitária atingir a sua forma e força, entre as quais cita-se a separação de poderes, o acesso ao judiciário, a legalidade de atos administrativos, o devido processo legal, o direito de petição, o plebiscito, referendos assim como outras garantias constitucionais (AITH, 2017).

Por sua vez, as instituições jurídicas de participação democrática nas decisões estatais na área da saúde são materializadas pelo Direito especialmente para garantir a participação democrática dos cidadãos nos respectivos processos decisórios. Representam, portanto, um



conjunto de regras que atuam de forma sistemática voltadas a constituir, no campo do direito, o desenvolvimento de diferentes fatos da vida social, do Estado, da família, das empresas, da propriedade etc. (AITH, 2017).

E a última garantia citada por Fernando Mussa Abujamra Aith (2017) são os processos jurídicos de participação democrática em saúde no Brasil, os quais visam criar e organizar processos permeáveis à participação democrática na saúde, por meio dos quais o Estado estabelece relação com sociedade, voltados a atribuir transparência das suas decisões e condutas. Neste sentido, destacam-se os processos legislativos, administrativos e judiciais, bem como as audiências públicas e as consultas públicas.

Destarte, as três garantias apresentadas pelo autor, quais sejam, a garantias constitucionais, instituições e processos jurídicos, compõem uma base necessária ao Estado Democrático de Direito, à medida que desenvolvem condições para que a soberania popular tenha pleno exercício a fim de garantir perfeito direitos aos cidadãos e o pleno exercício da democracia sanitária.

O autor acredita que a contribuição do Direito através da com a criação de garantias jurídicas para a democracia sanitária é representado pela ampliação dos espaços e processos de argumentação, bem seu e o reforço da legitimação democrática. Deste modo, as garantias jurídicas da democracia sanitária não seriam, necessariamente, sinônimo de garantia de decisões perfeitas, mas garantias de maior legitimação democrática destas decisões, o que resultaria, certamente, em maior aceitação social e, conseqüentemente, de eficácia (AITH, 2017).

Entende-se, assim, que quando a decisão for legitimamente democrática ela terá uma maior aceitação dos indivíduos, bem como terá maior grau de eficácia, uma vez que além de estar alicerçada em normas constitucionais voltadas a tutela do direito fundamental à saúde também tem o condão de atender os anseios daqueles que tiveram o seu legítimo direito violado ou negado.

Neste diapasão, observa-se a importância de compreender e discutir o tema referente a democracia sanitária, visto as inúmeras garantias que esta proporciona aos cidadãos, bem como a ascendente presença do respectivo debate no cotidiano, tornando-se um importante mecanismo voltado à eficácia e concretização direito fundamental à saúde.

## **5. Considerações finais**

Inicialmente, observa-se que através da metodologia empregada foi possível alcançar o objetivo proposto, embora não necessariamente um resultado objetivo e concreto em vista da densa temática abordada, contudo, calcado nas fontes bibliográficas consultadas, conseguiu-se traçar uma estrutura bem como construir uma possível hipótese ao questionamento que embasou a temática estudada.

Nessa construção analítica, entende-se que o direito à saúde, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, tomou uma nova proporção, um novo significado, à medida que se tornou direito fundamental que deve ser garantido absolutamente a todos os indivíduos, de forma universal pelo Poder Público. Ademais, frisa-se a responsabilidade dos três poderes da República em estabelecerem harmonia e empenhar-se a salvaguarda do direito à saúde, especialmente quando um deles vier a fraquejar. Tal cooperação é vital para garantir aos indivíduos o direito de acesso à saúde impreterivelmente quando precisarem.

Além disso, foi possível observar, através da pesquisa, que uma das formas de garantia mais presente no cotidiano é justamente a tutela jurisdicional, ou seja, quando os demais entes federativos não atuam no intuito de garantir o respectivo direito à saúde ao cidadão, que esse poderá buscar no Judiciário a tutela e concretização do seu direito, sendo habitual na atualidade a propositura de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos, o que obviamente não deveria acontecer se o direito à saúde fosse previamente e amplamente efetivado, razão pela qual o acesso à justiça objetivando sua concretude é uma garantia prevista e que deve ser utilizada por aqueles que necessitarem ter seu direito garantido.

No que tange ao debate acerca da democracia sanitária é possível observar que apesar dessa terminologia não estar presente no Brasil, intrinsecamente é possível observá-la, visto as garantias que a reveste. Como analisado, a democracia sanitária exterioriza-se, seja em garantias constitucionais, seja em instituições jurídicas ou até mesmo em processos jurídicos. À medida que todas essas são formas garantidoras da democracia sanitária e, por consequência, são formas de garantir o direito à saúde.

Por fim, essencialmente foi possível observar nessa pesquisa que a saúde, apesar de ser um direito fundamental, carece de participação democrática para o seu reconhecimento e aplicação, razão pela qual, utilizando dessas garantias, entende-se que possa ser possível efetivar o direito fundamental à saúde aos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Direito à Saúde e Democracia Sanitária**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 set. 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 20927474220178260000 SP 2092747-42.2017.8.26.0000**. Relator: Camargo Pereira, julgado em 25 de jul. de 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/519795669/20927474220178260000-sp-2092747-4220178260000>. Acesso em: 20 set. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70076348747**. Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 08 de março de 2018. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=direito+%C3%A0+sa%C3%BAde&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=direito+%C3%A0+sa%C3%BAde&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris). Acesso em 13 set. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70075751982**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08 de março de 2018. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=direito+%C3%A0+sa%C3%BAde&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\* &entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as\\_qj=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.237.215.37&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs\\_index&filter=0&start=40&aba=juris&site=ementario#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=direito+%C3%A0+sa%C3%BAde&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.237.215.37&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=40&aba=juris&site=ementario#main_res_juris). Acesso em 15 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 12 set. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salin, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermari (outros). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JABER, Gabriela Zahia; KÖLLING, Gabrielle Direito à saúde, municípios e a transdisciplinariedade. MARTINI, Sandra Regina; MAIA, Selmar José (orgs.). **O movimento entre os saberes**. Porto Alegre: Evagraf, 2016, p. 77-90.



PREUSS, Lislei Teresinha. O direito à saúde em regiões fronteiriças: algumas reflexões e considerações. BEDIN, Gilmar Antonio (org.). **Cidadania, direitos humanos e equidade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 269- 295.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada**. Disponível em: [https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/documento/2019-10/2010-04\\_O\\_direito\\_fundamental.pdf](https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2010-04_O_direito_fundamental.pdf). Acesso em 20 out. 2023.

MARQUES, Aline Damian; SILVA, Roberta da. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a construção de uma longa trajetória histórica. STURZA, Janaína Machado (org.). **Os direitos fundamentais na perspectiva das políticas públicas**. Curitiba: CRV, 2015, p. 59-73.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. **O direito fundamental à saúde**. Disponível em: <https://periodicos.saude.sp.gov.br/bis/article/view/33756>. Acesso em 23 set. 2023.

TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHAIN, Márcia Muhlbaier. Desjudicialização do direito à saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento. COSTA, Marli M. M. da; RODRIGUES, Hugo Thamir (orgs.). **Direito e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2014, p. 265-288.