

ITALO ROBERTO FUHRMANN

**“JUDICIALIZAÇÃO” DOS DIREITOS
SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE**
**Por uma reconstrução do objeto do
direito à saúde no direito brasileiro**



**EDITORA
CONSULEX**

**BRASÍLIA-DF
2014**

ITALO ROBERTO FUHRMANN

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2008). Mestrado em Direito do Estado pela PUCRS (2011). Dedicou-se à pesquisa na área do Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Direito Econômico. Foi pesquisador-bolsista da Ford Foundation (EUA) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Parecerista *ad hoc* da Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Autor de diversos artigos científicos na área do Direito Público. Advogado no Estado do Rio Grande do Sul.

Diretora e Editora: ADRIANA ZAKAREWICZ

Direção Gráfica: JOSÉ TENÓRIO P. DE BRITO

Projeto Gráfico e Capa: ANDERSON BARBOSA DE LIMA

Revisão: CARMEM LÚCIA A. DIAS

Diagramação: CHARLES AUGUSTO

1ª edição: 2014

ISBN: 978-85-88551-82-4

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial em qualquer sistema de processamento de dados e a inclusão de qualquer parte da obra em qualquer programa juscibernético. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração.

QUEM vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

O TITULAR, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível, nos termos da Lei nº 9.610, de 19.02.98.

EDITORA CONSULEX

SHIS QL 6, CONJUNTO 4, CASA 2, CEP 71620-045, BRASÍLIA-DF

TEL. (061) 2104 1277 FAX (061) 2104 1278

www.consulex.com.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO, 9

INTRODUÇÃO, 13

PARTE I

DIREITOS SOCIAIS E DIREITO À SAÚDE – DEMOCRACIA E ELEMENTOS DOGMÁTICOS

- 1. Estado, Constituição e Democracia – A configuração jurídica dos direitos sociais em termos de direito brasileiro, 19**
 - 1.1 Significado dos direitos sociais no Estado Constitucional brasileiro: estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais, 29
 - 1.2 Constitucionalismo dirigente econômico e político no marco do Estado Constitucional brasileiro – Os direitos sociais no marco do dirigismo constitucional, 48

- 2. Direito à saúde na CF/88 – Conceito, conteúdo e regime jurídico, 63**
 - 2.1 Direito à saúde como direito e dever fundamental no Direito brasileiro, 67
 - 2.2 Da fundamentalidade formal e material do direito à saúde, 71
 - 2.3 A dupla perspectiva prestacional e defensiva do direito à saúde, 73
 - 2.3.1 Direito à saúde como direito de defesa, 74
 - 2.3.1.1 Dimensão negativa e proibição de retrocesso – Observações sobre a proibição de retrocesso em matéria de direito à saúde à luz de exemplos concretos, 75
 - 2.3.2 Direito à saúde como direito a prestações, 83
 - 2.3.2.1 Direito à saúde como direito originário a prestações, 86
 - 2.3.2.2 Direito à saúde como direito derivado a prestações, 88
 - 2.3.2.3 Direito à saúde como direito à participação na organização e procedimento – (*Status Activus Processualis*), 90
 - 2.4 O Sistema Único de Saúde brasileiro na Constituição Federal de 1988 e a correlata regulamentação do direito à saúde no âmbito infraconstitucional, 97
 - 2.4.1 O SUS e o acesso gratuito aos serviços de saúde – Os princípios da unidade, da hierarquização, da integralidade, da participação comunitária e legislação infraconstitucional, 97

- 2.5 Direito à saúde e relações privadas – Notas preliminares, 102
 - 2.5.1 A doutrina da ação governamental (*State Action*), 105
 - 2.5.2 A Teoria da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais no Direito Privado – (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), 109
 - 2.5.3 A Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais no Direito Privado – (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), 112
 - 2.5.4 A Teoria dos Deveres de Proteção – (*Schutzpflicht*), 116
 - 2.5.5 Direitos fundamentais e direito privado na ordem jurídico-constitucional brasileira – O caso do direito à saúde, 120

PARTE II

O PODER JUDICIÁRIO E O OBJETO DO DIREITO À SAÚDE

- 1. **A assim chamada “Judicialização” em perspectiva constitucional – O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, 127**
 - 1.1 Mínimo existencial, reserva do possível e direito à saúde: uma leitura crítica a partir do Direito Constitucional Positivo brasileiro, 141
 - 1.1.1 “Judicialização” do direito à saúde e sua dimensão econômica – A cláusula da “reserva do possível”, 152
- 2. **Direito à saúde no Brasil a partir da sua dimensão prestacional – Uma construção a partir da análise jurisprudencial, 159**
 - 2.1 O posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros, 159
 - 2.1.1 Fornecimento de medicamentos de alto custo e/ou experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais, 159
 - 2.1.2 Internações hospitalares UTIs/CTIs, 164
 - 2.1.3 Cláusulas contratuais no regime de saúde suplementar, 166
 - 2.1.4 Tratamentos excepcionais no exterior, 169
 - 2.1.5 Direito à saúde e tutela ambiental, 170

Conclusão, 177

Referências Bibliográficas, 187