



ISSN 0034-835X  
e-ISSN 2596-0466

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

# 234

abril a junho de 2022

SENADO FEDERAL



# Conteúdo normativo do direito à saúde

## Definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

**Resumo:** O reconhecimento do direito à saúde na ordem internacional e em diversos países fez surgir a tensão entre as demandas individuais e coletivas pelo acesso a bens e serviços que proporcionem bem-estar, prevenção, cura de doenças, reabilitação e as possibilidades de sua efetivação pelo Estado. Diante desse cenário, utiliza-se a abordagem das capacidades para identificar o núcleo essencial do direito à saúde, isto é, seu traço distintivo mais típico, característico e com proteção jurídica diferenciada, de forma a servir como parâmetro para se aferirem as prerrogativas de seus titulares e os deveres a cargo dos Estados.

**Palavras-chave:** direitos sociais; direito à saúde; abordagem das capacidades; núcleo essencial.

### Normative content of the right to health: definition of the essential core according to the capabilities approach

**Abstract:** The recognition of the right to health in the international order and in several countries has raised the tension between individual and collective demands for access to goods and services that provide well-being, prevention, cure of diseases, rehabilitation and the possibilities of its implementation by the State. In this context, the capabilities approach is used to identify the essential core of the right to health, that is, its most typical distinctive feature and with differentiated legal protection, in order to serve as a parameter to assess the prerogatives of its holders and the duties of the States.

**Keywords:** social rights; right to health; capabilities approach; essential core.

Recebido em 2/9/21  
Aprovado em 14/3/22

# 1 Introdução

Na atualidade, a afirmação do direito à saúde na ordem internacional e nos ordenamentos jurídicos de diversos países conduziu a situações de conflituosidade em que se contrapõem, de um lado, indivíduos e grupos, e, de outro, o Estado. As reivindicações por prestações materiais destinadas à realização do direito à saúde têm gerado um intenso debate social, político, econômico e jurídico sobre as prerrogativas e faculdades que integram o direito à saúde e os deveres estatais decorrentes desses direitos, sobretudo em um momento histórico de crise econômica e revisão das políticas sociais.

A previsão de um direito à saúde na ordem internacional, com repercussão para as democracias ocidentais, teve início com o advento da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946. A par de trazer um conceito abrangente de saúde, esse documento – que contempla as dimensões biológica, psíquica e social – prevê que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, [1946]).

Por seu turno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, põe em destaque a necessidade de se proporcionar às pessoas um padrão de vida suficiente para lhes assegurar *saúde e bem-estar*, inclusive acesso à assistência médica e aos serviços sociais indispensáveis, assim como “segurança no desemprego, *na doença*, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (NAÇÕES UNIDAS, [1948], grifo nosso).

Não obstante, a positivação do direito à saúde na ordem internacional com a definição de deveres correlatos aos Estados ocorreu por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Em seu art. 12, o documento dispõe que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (NAÇÕES UNIDAS, 1992). Em seguida, o documento estabelece que seus signatários devem diminuir a mortalidade e a mortalidade infantil, bem como promover o desenvolvimento das crianças; melhorar todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; prevenir e tratar as doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; criar condições que assegurem a todos assistência e serviços médicos em caso de enfermidade (NAÇÕES UNIDAS, 1992). A implementação dessas medidas, assim como das demais constantes do pacto, deve ocorrer progressivamente, com o empenho permanente e constante dos Estados.

Por sua importância para a realização do objetivo de universalização do acesso à saúde, deve-se mencionar também a Declaração de Alma-Ata, que resultou da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, em Alma-Ata, na então União Soviética, em setembro de 1978. Na ocasião definiu-se que a saúde, compreendida como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade”, é um direito humano fundamental. Segundo a declaração, o alcance do “mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde” (DECLARAÇÃO..., 2015).

Após 40 anos da Declaração de Alma-Ata, em 2018, a OMS e o UNICEF realizaram em Astana, no Cazaquistão, a Conferência Global sobre Cuidados de Saúde Primários. A Declaração de Astana reafirmou os compromissos assumidos em Alma-Ata, notadamente de acesso à saúde para todas as pessoas e enfatizou a concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (DECLARATION..., 2018).

Esse movimento de afirmação da saúde como direito humano e fundamental ocorreu no contexto de positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais e de adoção do modelo de Estado social por diversos países, em especial na Europa. A realidade vivenciada nos 30 anos que sucederam à Segunda Guerra Mundial era de crescimento econômico expressivo e constante, o que deu sustentabilidade aos sistemas de proteção social que foram desenvolvidos, inclusive aos sistemas de saúde (SILVA, 2013; NABAIS, 2015).

Na atualidade, o consenso em torno das obrigações estatais de implementação de políticas públicas voltadas para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais como forma de proteção às incertezas e aos eventos que afligem

as vidas das pessoas e mitigam sua capacidade de autonomia e de desenvolvimento (*human flourishing*) vem sendo revisto, ao menos quanto à sua extensão, diante do quadro de escassez de recursos num contexto de baixo e descontínuo crescimento econômico.<sup>1</sup>

A revisão do consenso sobre o papel que cabe ao Estado na socialidade atinge o direito à saúde. Na sua dimensão jurídico-normativa, estão em causa as possibilidades e os limites do direito subjetivo a prestações (aspecto subjetivo), assim como os deveres estatais correlatos (aspecto objetivo). Igualmente, as medidas de racionalização adotadas pelos Estados atingem os fundamentos que pareciam anteriormente compartilhados pelas sociedades sobre a titularidade e o objeto do direito à saúde.

No âmbito dos ordenamentos jurídicos, a tensão entre a reivindicação de prestações e a racionalização de recursos reflete-se na judicialização de demandas, o que coloca em discussão o papel do Poder Judiciário na garantia da realização do direito à saúde diante de pretensões individuais ou coletivas que não são acolhidas pelos sistemas de saúde.

Com o objetivo de contribuir para o debate, pretende-se explorar o conteúdo normativo do direito à saúde, com vistas a identificar os traços

---

<sup>1</sup> Silva (2014) aponta a necessidade de rever o papel do Estado e a própria compreensão da socialidade. Para ela, o momento de crise econômica, que compromete a sustentação do tradicional Estado social, surge como oportunidade para uma reconstrução da socialidade, que deve ser orientada pelo princípio da sustentabilidade, bem como pela justiça distributiva, sobretudo com redistribuição dos ônus e direitos entre as gerações. Essa revisão da socialidade passa também por ajustes na dogmática dos direitos fundamentais e nas formas de regulação normativa (SILVA, 2014). Também Loureiro (2010, 2013, 2014) destaca a necessidade de revisão do Estado social, tendo como consequência não a sua superação, mas sua adaptação às novas bases econômicas e sociais. Nesse contexto, propõe que a dogmática dos direitos fundamentais leve a sério a escassez e flexibilize categorias antes intocáveis como os direitos adquiridos. Para o autor, sem significar a submissão do direito à economia, é preciso que a dogmática jurídica leve em conta os dados da realidade fática, sendo urgente a construção de uma “dogmática da escassez” (LOUREIRO, 2010, 2013, 2014).

caracterizadores que compõem seu núcleo essencial, do qual se podem extrair os direitos subjetivos e os correspondentes deveres estatais.

## 2 O direito à saúde no contexto dos direitos sociais

Ainda que se encontrem esquemas estatais de proteção social em contextos históricos anteriores, a Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã, de 1919, são apontadas pela doutrina como marcos jurídicos do advento do Estado social (BONAVIDES, 2008), ou seja, da revisão do papel do Estado, que passou a intervir com maior intensidade nas relações sociais e econômicas<sup>2</sup>, bem como a promover políticas de proteção social.

O modelo de Estado social pode ser considerado uma resposta estatal à *questão social* (HECLO, 1995) apresentada pelos movimentos operários que surgiram no final no século XIX e que reivindicaram proteção social diante de eventos como envelhecimento, incapacidade e doença, que tornam necessário o acesso a serviços e reduzem a capacidade de trabalho e a renda das pessoas. Trata-se do caminho adotado pelos países que não romperam com o capitalismo, mas acomodaram as demandas da área da socialidade no âmbito do Estado juntamente com os direitos civis e políticos, de tradição liberal (NOVAIS, 2010).<sup>3</sup> Com isso,

<sup>2</sup> No plano normativo, reflete-se na disciplina das relações trabalhistas e na garantia das chamadas liberdades sociais, como o direito de greve.

<sup>3</sup> A Igreja Católica exerceu importante influência para a construção de via alternativa ao socialismo e comunismo que pudesse reconciliar patrões e empregados, sem abrir mão do direito à propriedade privada, nem deixar de reconhecer a importância das demandas dos trabalhadores. Nessa linha, a Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XIII, destacou a condição de miséria e de infortúnio dos operários e exaltou o dever de solidariedade dos cristãos. Propôs ainda que os patrões devem pagar um salário justo aos empregados, os quais fazem jus a uma jornada de trabalho compatível com

confere-se maior legitimidade à atividade estatal, já que ao Estado de Direito se agrega o reconhecimento de direitos fundamentais e a realização de fins sociais cujo alcance se mostra necessário para a efetivação de condições de vida dignas (HESSE, 1998; QUEIROZ, 2014).

A afirmação do Estado social não ocorreu de forma linear no tempo, nem de maneira homogênea. Na verdade, muitas foram as estratégias usadas para se cuidar da socialidade, o que abriu caminho para modelos diversos de Estado social, que implicam desde a atuação subsidiária do Estado na socialidade até sua presença efetiva como prestador de serviços.<sup>4</sup>

Do ponto de vista histórico, embora se aponte o início do século passado como o advento do modelo de Estado social – mais precisamente o período entre Guerras –, seu maior desenvolvimento ocorreu a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Aqui, ao consenso em torno da relevância coletiva da socialidade juntou-se o ritmo de crescimento econômico elevado e constante nos países desenvolvidos, o que deu sustentação aos sistemas de proteção social.

Assim, o acesso a bens econômicos, sociais e culturais passou a ser objeto de tutela jurídica e a ser garantido na forma de direitos, como assistência e previdência social, educação, saúde, entre outros. Trata-se de posições normativas complexas, que encerram feixes de poderes, faculdades e prerrogativas de naturezas variadas (ANDRADE, 2012, p. 163; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012,

suas forças e condição pessoal (sobretudo de mulheres e crianças), assim como a um descanso semanal (IGREJA CATÓLICA, [1891]).

<sup>4</sup> De forma análoga, a tutela jurídica dos direitos sociais pode variar entre a negativa de constitucionalização (EUA), a constitucionalização da cláusula geral do Estado social, sem catálogo que discrimine direitos sociais (Alemanha), e o reconhecimento expresso de direitos fundamentais nas constituições, com variações quanto ao regime jurídico (Portugal e Brasil) (SARLET, 2010).

p. 294; NOVAIS, 2010, p. 42). Contudo, seu traço característico está no acesso a prestações materiais consubstanciadas em bens e serviços que satisfaçam as necessidades das pessoas nas variadas áreas da socialidade e sejam imprescindíveis para a liberdade de fato e a realização da dignidade humana (ANDRADE, 2012, p. 174; ALEXY, 2008, p. 499).

Os direitos sociais constituem um dos traços distintivos do modelo de Estado social. Mesmo reconhecendo sua complexidade estrutural, que abrange dimensões instrumentais de defesa e de proteção<sup>5</sup>, o conteúdo principal consiste no acesso a prestações materiais (bens e serviços). Ainda que seu regime jurídico varie de país para país, pode-se afirmar que os direitos sociais, por dependerem da promoção de políticas estatais, não estão completamente definidos no texto constitucional e por isso seu conteúdo completo é alcançado por meio da atividade legislativa. Além disso, sua realização depende do empenho do Estado, da regulamentação de instituições e do emprego direto de recursos públicos (ANDRADE, 2012, p. 357).

Os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa (BONAVIDES, 2008, p. 564), tendo sido relegados a um *status* secundário quando comparados aos direitos de primeira geração. Em grande parte, isso ocorreu devido à compreensão de que os direitos civis e políticos têm aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais têm eficácia conforme as possibilidades fáticas e jurídicas e submetem o Estado a um dever de progressividade. Na

doutrina jurídica, os direitos sociais passaram a gozar de maior prestígio a partir do segundo pós-guerra (NOVAIS, 2010, p. 70) e do avanço do neoconstitucionalismo, movimento que, partindo do pressuposto de que as constituições são normas jurídicas, reconhece eficácia aos direitos fundamentais e não lhes confere o papel de meras promessas sujeitas à discricionariedade do legislador (BARROSO, 2007).

Como componentes da socialidade e fatores imprescindíveis para o exercício dos demais direitos, a reivindicação e a afirmação do direito à saúde logo passaram a constar de diversos tratados internacionais e das ordens jurídicas de variados países. As políticas públicas voltadas para a melhoria do estado de saúde das populações ganharam corpo segundo diferentes arranjos e em conformidade a variados modelos de sistemas de saúde.

Como modelos ideais de sistemas de saúde apontam-se os sistemas universais, de seguro social e de proteção residual (ou segmentados). Em síntese, inspirados no modelo inglês, os sistemas universais dispensam o acesso à saúde independentemente da comprovação de pré-requisitos ou de pagamentos no momento da atenção. São financiados por meio de tributos gerais. Os sistemas de seguro social, orientados pela matriz alemã, condicionam o atendimento à comprovação da condição de segurado e são financiados por meio de contribuições do próprio segurado e dos empregadores. Nos sistemas de proteção residual, as políticas públicas preveem ações de saúde para grupos ou populações específicas. Em geral, a responsabilidade por buscar serviços de saúde é do indivíduo, que pode aderir a planos ou seguros de saúde, assim como contratar mediante desembolso direto (LOBATO; GIOVANELLA, 2009; NORONHA; GIOVANELLA; CONNIL, 2014).

Esse movimento revela que a saúde e a doença passaram a ser reconhecidas como

<sup>5</sup> Como destaca Canotilho (2003), de forma geral, os direitos fundamentais abrangem posições negativas e positivas. No primeiro caso, são características dos direitos civis e políticos e referem-se à não limitação de certos atos, à não intervenção em situações jurídico-subjetivas e à não eliminação de posições jurídicas. No segundo caso, pode dividir-se entre as ações positivas de natureza fática (prestações materiais) e normativas (CANOTILHO, 2003, p. 407).

fenômenos de interesse coletivo, e não apenas de caráter individual (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014). A consciência de que o estado de saúde e os eventos a ele relacionados exigem atenção do Estado gera, por um lado, deveres estatais de respeito e proteção, e, por outro, cria posições jurídicas subjetivas cujo conteúdo e alcance se pretende identificar a seguir.

### 3 Capacidades, saúde e políticas públicas

#### 3.1 A abordagem das capacidades

Os arranjos institucionais e normativos para a regulação das relações sociais e econômicas, a distribuição de bens e a alocação de recursos são objeto de debates na Filosofia, Ciência Política, Economia e Direito, entre outras áreas do conhecimento. Essas discussões têm como pano de fundo a distribuição dos bens sociais, que é mediada pelo Estado e suas instituições. Para orientar as instituições do Estado e da sociedade na realização da justiça, as teorias políticas e a Filosofia propõem variados modelos e princípios.

Para Sen (2011, p. 50), as teorias de justiça não devem ocupar-se com a definição de princípios abstratos que possam ser acordados socialmente. Para ele, essas propostas têm a pretensão de conceber instituições perfeitas que conduzam a sociedades plenamente justas. No entanto, esse objetivo não é praticamente alcançável, e apenas por abstração podem-se conceber instituições e sociedades perfeitamente justas. Para Sen (2011), as teorias de justiça devem preocupar-se com as sociedades concretas e as vidas que as pessoas de fato levam, do que emerge o dever ético de remoção das injustiças e melhoria das condições de vida das populações.<sup>6</sup>

Por outro lado, a geração de riqueza e renda e o crescimento econômico não devem ser considerados fins em si mesmos. Sem negar sua importância, renda e riqueza devem ser consideradas na medida em

---

<sup>6</sup> Segundo Sen (2011), o Iluminismo europeu contribuiu para que ficasse demarcada uma divisão básica entre duas possibilidades de se abordar o tema da justiça. De um lado, há teorias da justiça que se concentram na concepção da justiça perfeita e com base nessa concepção delineiam as instituições necessárias para se alcançar essa situação. A análise é apartada das sociedades concretas. Por outro lado, há teorias da justiça que realizam análises comparativas das realizações sociais, preocupando-se com os arranjos viáveis e com a remoção da injustiça. Na tradição indiana, essas abordagens correspondem, respectivamente, às perspectivas *niti* e *nyaya*: a primeira volta-se para a compreensão das instituições em abstrato, ao passo que a segunda se preocupa com a justiça que de fato emerge, as realizações e as condições de vida das pessoas. Sen (2011, p. 50) propõe concentrar-se nas sociedades concretas e em análises comparativas para prevenir injustiças e melhorar a realização da justiça.

que contribuem para que as pessoas realizem seus objetivos de vida. “O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos” (SEN, 2010, p. 29).<sup>7</sup>

Nesse sentido, a importância de indicadores gerais sobre a riqueza de um país, como o Produto Nacional Bruto (PNB), deve ser medida pelo impacto na vida das pessoas.<sup>8</sup> Com efeito, a despeito de todo o desenvolvimento científico e econômico alcançado pela humanidade, em muitos países mais de 10% (dez por cento) das crianças morrem antes de atingir cinco anos de idade, em grande parte das vezes por causas evitáveis.<sup>9</sup>

Partindo dessas premissas – consideração das sociedades em concreto e avaliação do desenvolvimento para além dos indicadores econômicos –, a alocação de recursos e a distribuição dos bens sociais devem ter em conta as condições concretas de liberdade de que as pessoas desfrutam e contribuir para a ampliação das possibilidades de liberdade. A garantia da dignidade humana requer o pleno exercício da autonomia (KANT, 2011, p. 66) e, assim, passa pela efetiva fruição da liberdade. Mais que o cumprimento de uma obrigação de respeito às liberdades clássicas (de locomoção, manifestação do pensamento, exercício de atividade econômica etc.), sem as quais não há sem dúvida autodeterminação e livre arbítrio, impõe-se, para o alcance da liberdade substancial, a fruição de outros direitos, notadamente aqueles que integram os variados aspectos da socialidade (BARROSO, 2012, p. 85; SARLET, 2012a, p. 101). Isso ocorre porque o exercício da liberdade não deve ser percebido apenas à luz da liberdade de realizar escolhas. Além disso, é preciso que cada pessoa possa gozar de condições para escolher entre variadas opções de vida e ter a possibilidade de realizar os projetos que julga importantes e valiosos.

---

<sup>7</sup> Mantendo a mesma concepção e enfatizando a importância da saúde para o desenvolvimento, Sen (1999, p. 620) afirma: “Development [...] has to be primarily concerned with enhancing the lives we lead and the freedoms that we enjoy. And among the most important freedoms that we can have is the freedom from avoidable ill-health and from escapable mortality”.

<sup>8</sup> O autor destaca a ausência de correlação direta entre o crescimento do PNB e a expectativa de vida, o que, segundo ele, depende de outros fatores determinantes: “Since life expectancy variations relate to a variety of social opportunities that are central to development (including epidemiological policies, health care, educational facilities, and so on), an income-centred view is in serious need of supplementation, in order to have a fuller understanding of the process of development” (SEN, 1999, p. 622).

<sup>9</sup> “There are many countries where large fractions of children still die, and there are three dozen countries where more than 10 percent die before their fifth birthday. They are not dying of the ‘new’ diseases, like HIV/AIDS, or exotic diseases for which there is no cure. They are dying from the same diseases that killed European children in the seventeenth and eighteenth centuries, intestinal and respiratory infections and malaria, most of which we have known how to treat for a long time. These children are dying from the accident of where they were born, and they would not be dying had they been born in Britain, Canada, France, or Japan” (DEATON, 2013, p. 102).

A liberdade substancial – que verdadeiramente corresponde à autonomia decorrente da dignidade humana (KANT, 2011, p. 66) – depende, portanto, de condições para realizar as atividades e projetos que cada um julga importantes ou valiosos (RUGER, 2006b). Trata-se dos “funcionamentos” ou da aptidão para realizar o que se deseja e se julga relevante (SEN, 2010, p. 104).

O poder de levar a cabo as tarefas e atividades que se deseja – funcionamento – cria espaço para o efetivo exercício da autonomia do indivíduo na medida em que ele pode optar pelas variadas possibilidades que a vida lhe proporciona. Com isso, a pessoa caminha para a liberdade substancial ou capacidade, que “consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela” (SEN, 2010, p. 105).

A consideração das capacidades abre caminho para se examinarem as verdadeiras possibilidades de vida de que cada um pode dispor. Além das escolhas que a pessoa realiza, considera-se o leque de possibilidades de que ela dispõe.<sup>10</sup> A oportunidade para a liberdade (ou a autonomia) e o desenvolvimento ou “florescimento” pessoal (*human flourishing*) são determinados pelo conjunto de capacidades de que cada pessoa dispõe.

A consideração das capacidades requer uma compreensão que vai além dos recursos (ou bens primários) aos quais se tem acesso, como renda e riqueza. É preciso avaliar em concreto como esses recursos se convertem em melhoria das condições e opções de vida de cada pessoa, o que varia segundo suas qualidades pessoais, o contexto socioeconômico, entre outras condições que afetam a fruição da liberdade individual. Pessoas com deficiências, por exemplo, ao mesmo tempo que têm maiores dificuldades em auferir

renda, necessitam de mais renda para satisfazer, em concreto, suas necessidades e realizar seus projetos de vida (SEN, 2011, p. 293).

Ao impor a consideração das condições de vida em concreto e preocupar-se com a liberdade substancial, a abordagem das capacidades traz importantes consequências sobre a forma de conceber e implementar as políticas públicas estatais.<sup>11</sup> Essa perspectiva implica especial consideração das condições de vida das pessoas incapacitadas e marginalizadas, cujas capacidades são sensivelmente inferiores e afetadas por seu estado pessoal. Por esse motivo, devem receber atenção especial da sociedade e do Estado.

### 3.2 Implicações da abordagem das capacidades para a compreensão da saúde e das políticas públicas

A ênfase na consideração das capacidades tem importância direta para a apreciação da saúde como bem social a ser fruído por cada um e direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Isso porque a realização dos projetos considerados valiosos e a oportunidade de escolher entre várias possibilidades de vida com base no conjunto de capacidades de que se dispõe passa pelo estado de saúde. O dever social de possibilitar as condições para a liberdade substancial, a realização dos projetos de vida e o desenvolvimento humano (*human flourishing*) dependem de se proporcionarem às pessoas meios para alcançar um bom estado de saúde.

A capacidade para realizar aquilo que se valoriza não é possível quando há condições de saúde precárias, inaptidões ou deficiências que impeçam o desenvolvimento. Em sociedades com baixa expectativa de vida, elevada mortalidade

<sup>10</sup> “Enquanto a combinação dos funcionamentos de uma pessoa reflete suas realizações efetivas, o conjunto capacitório representa a liberdade para realizar as combinações alternativas de funcionamentos dentre as quais a pessoa pode escolher” (SEN, 2010, p. 105).

<sup>11</sup> Para Ruger (2006b, p. 289), as políticas públicas devem ter por foco contribuir para que as pessoas possam realizar os “funcionamentos”: “individuals’ ability to function, rather than resources, should be the primary goal of public policy”.

precoce e alta incidência de doenças evitáveis e já erradicadas nos países desenvolvidos, certamente as pessoas dispõem de menos oportunidades de vida e suas escolhas são reduzidas quando comparadas às de pessoas que vivem em outros contextos socioeconômicos. Em termos de saúde, as capacidades básicas consistem em escapar da morte prematura e do adoecimento evitável (RUGER, 2004, p. 1.076, 2006a).

O enfoque baseado nas capacidades é uma ferramenta importante para a análise da saúde e das políticas de saúde. Como já se pontuou, por um lado, a saúde é integrante do conjunto de capacidades necessárias para a realização dos objetivos que cada um considera valiosos. Assim, deve ser considerada no bojo das demais atividades do Estado e das políticas públicas desenvolvidas para a realização da liberdade. Portanto, a alocação dos recursos sociais requer a consideração das despesas em saúde em conjunto com as demais áreas do Estado – notadamente as áreas da socialidade. Por outro lado, a par de influenciar o exercício de outras capacidades e do próprio desenvolvimento humano, a saúde é influenciada por uma miríade de fatores, tanto relacionados ao setor da saúde em si, quanto oriundos de outros setores da vida social.<sup>12</sup> Trata-se de tema que deve ser considerado transversal para a atuação da sociedade e do Estado.

Tradicionalmente conceitua-se saúde com base na definição proposta na Constituição da Organização Mundial da Saúde ([1946]), segundo a qual “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste

apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Trata-se de um conceito ampliado, que tem o mérito de reconhecer que a saúde é dependente de uma pluralidade de fatores que não podem ser reduzidos apenas à influência biológica e à perspectiva individual.

Não obstante, essa compreensão da saúde é considerada vaga ou uma “imagem-horizonte” que chega a se confundir com a ideia de felicidade. A abstração do conceito é bastante criticada pela sua falta de operacionalidade e, ademais, pela possibilidade de legitimar demandas ilimitadas por serviços médicos (JUŠKEVIČIUS; BALSIEŅĒ, 2010, p. 104).<sup>13</sup>

Segundo a abordagem das capacidades, mostra-se fundamental considerar as possibilidades de cada um alcançar um bom estado de saúde. Nessa linha, as políticas públicas devem orientar-se pelas necessidades de saúde, considerando as privações que as pessoas sofrem em concreto e limitam suas oportunidades de vida. A realização das capacidades em saúde deve concretizar-se nas oportunidades individuais de se atingir boa saúde, estar livre da mortalidade precoce e das doenças evitáveis (RUGER, 2004, p. 1.076).

Ao reconhecer a importância da liberdade substancial – que depende do conjunto de capacidades e funcionamentos que cada um está apto a realizar –, a abordagem das capacidades sustenta políticas de saúde voltadas para a remoção das barreiras a essas realizações por meio da satisfação das necessidades em saúde. O acesso aos recursos para a satisfação dessas necessidades deve ocorrer independentemente da possibilidade de pagamento de cada um (RUGER, 2006a).

<sup>12</sup>No Brasil, a influência de fatores determinantes sobre o estado de saúde da população foi reconhecida pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, o art. 3º da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) dispõe que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” (BRASIL, [2021]).

<sup>13</sup>Para esses autores: “Widening physical health to the psychological and the social dimensions was conceptually important; however, it has no direct operational value. [...] a state of complete physical, mental, and social well-being corresponds much more closely to happiness than to health. [...] This legitimizes an unlimited demand for health services” (JUŠKEVIČIUS; BALSIEŅĒ, 2010, p. 104).

A definição de saúde proposta pelo escritório regional da OMS na Europa aproxima-se da abordagem das capacidades. Ao invés do conceito tradicional de saúde presente na Constituição da OMS, Starfield (2002, p. 21) realça que o órgão conceitua saúde como “a medida em que um indivíduo ou grupo é capaz, por um lado, de realizar aspirações e satisfazer necessidades e, por outro, de lidar com o meio ambiente”.

A compreensão da saúde no âmbito da abordagem das capacidades traz outras importantes implicações para as políticas públicas, como realça Ruger (2004). Primeiramente, não sendo os serviços de saúde o único fator determinante para a melhoria das condições de saúde individuais e coletivas, as despesas desse setor devem ser consideradas em conjunto com as demais despesas públicas, sobretudo aquelas das áreas sociais.<sup>14</sup> Ainda assim, os serviços de saúde têm importância e relevância para a saúde das pessoas e devem estar disponíveis e acessíveis conforme as necessidades, e não de acordo com a capacidade de pagamento. A relação de serviços disponíveis deve ser objeto de processo democrático, observados os procedimentos adequados e princípios substanciais de justiça.<sup>15</sup> Esses serviços devem ser suficientes para atender às necessidades de saúde das pessoas, dentro de um quadro de escassez de recursos financeiros e segundo as possibilidades de cada sociedade. Propõe-se que o financiamento das ações de saúde ocorra previamente, conforme a capacidade de contribuição de cada pessoa, a fim de evitar barreiras de acesso decorrentes da impossibilidade de pagamento (RUGER, 2004, p. 1.076). Enfim, o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer sempre que necessário e não pode estar dependente da capacidade de pagamento.

## 4 Objeto ou conteúdo do direito à saúde

A especificação do objeto do direito à saúde deve ser uma preocupação do pesquisador que se detém sobre o tema. Entre os direitos sociais, o direito à saúde é um dos que apresenta maior complexidade<sup>16</sup> por abranger

---

<sup>14</sup> Daniels (2013) destaca o alto custo de oportunidade das despesas com cuidados de saúde, uma vez que os recursos podem ser eficientemente utilizados em políticas públicas que impactam outros determinantes de saúde (educação, nutrição, moradia, por exemplo) e com isso gerar bons resultados em favor da saúde da população.

<sup>15</sup> A alocação de recursos do Estado, a definição de prioridades e a especificação de seu espectro de atuação devem ser definidos em um processo aberto à participação social informada. Nesse sentido, a adoção de políticas de austeridade e ajustes nas despesas do Estado devem ser alvo de debate público, permitindo-se que a população decida sobre a necessidade de investimentos na incorporação de tecnologias em saúde, ampliação da rede de cuidados primários, despesas com ações militares, ou financiamento de campanhas eleitorais. Nessa linha, ver Sen (1999, p. 619).

<sup>16</sup> Trata-se de direito com dimensões negativa e positiva, com estruturas normativas e regimes jurídicos análogos aos dos direitos, liberdades e garantias e aos direitos sociais –

um amplo feixe de liberdades e prerrogativas, gerando com isso grande controvérsia sobre sua definição e limites. Dessa forma, o rigor conceitual e a especificação do objeto mostram-se necessários para evitar as críticas relacionadas à falta de clareza, à fluidez e à abstração de alguns direitos sociais, além da inconsistência dos métodos de estudo.<sup>17</sup>

A despeito da positivação do direito à saúde em diversos instrumentos de direito internacional e em variados ordenamentos jurídicos, questiona-se a viabilidade da garantia desse direito, uma vez que o estado saudável não pode ser juridicamente garantido. Como bem objeto da tutela jurídica, a saúde não seria apropriável. Quando muito, seria possível afirmar um direito a cuidados de saúde, especialmente a cuidados médicos (DANIELS, 2013; JUŠKEVIČIUS; BALSIEŅĒ, 2010, p. 102).

A afirmação de um direito à saúde não implica a garantia do estado saudável da mesma forma que o direito à liberdade não é negado pelas violações a ela, nem pelas limitações que em concreto esse direito pode sofrer. Ao se considerar a saúde um direito, toma-se a decisão de que se trata de um interesse coletivo a ser protegido e promovido pela sociedade e pelo Estado. O apelo para se promover a saúde das pessoas ocorre da mesma forma que os ativistas do século XVIII lutaram pela liberdade (SEN, 2008, p. 2.010).

O ponto de partida para a análise deve ser o dispositivo constante do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe:

#### ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
  - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento [...] das crianças;
  - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
  - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
  - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

---

segundo a classificação adotada pela Constituição portuguesa – conforme a posição jurídica invocada (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 45-46).

<sup>17</sup> Nesse sentido é o alerta de Canotilho (1998).

Desde logo fica claro que o direito à saúde não pode ser comprimido no estreito conceito de acesso a serviços médicos, já que abrange os aspectos biológico e psíquico, assim como medidas de promoção, prevenção e assistência à saúde. Nesse sentido, exige-se dos Estados a adoção de medidas de melhoria dos indicadores de saúde da população (redução da mortalidade infantil), das condições de saúde dos trabalhadores, de prevenção e tratamento de doenças típicas e de maior incidência, e de disponibilidade de assistência à saúde.<sup>18</sup> Por outro lado, pelo prisma das capacidades, a compreensão da saúde como direito impõe que se assegurem às pessoas os “funcionamentos” e a promoção de suas capacidades,<sup>19</sup> de modo a permitir que estejam aptas a realizar o que entendem por valioso, o que implica conferir-lhes um leque de opções de vida e liberdade substancial, ou seja, liberdades e prerrogativas que têm como contrapartida deveres de realização com impactos individuais e coletivos para a promoção, prevenção, cura e reabilitação. Reafirma-se, assim, a complexidade do direito à saúde, já indicada linhas atrás.

Restringindo a análise ao plano normativo, a afirmação do direito fundamental à saúde acarreta atribuir *status* constitucional às normas que o definem. Com isso, essas normas figuram no ápice do ordenamento jurídico e configuram fundamento e limite para a produção normativa infraconstitucional. Tais normas têm a eficácia impeditiva de atos normativos com conteúdo

contrário e são, assim, parâmetros para o controle de constitucionalidade de outras normas. Ademais, tratando-se de constituições rígidas, submetem-se a processo diferenciado de alteração e, quanto a seu conteúdo típico (núcleo essencial), costumam compor os limites materiais à reforma constitucional. Finalmente, dado seu caráter principiológico, têm eficácia irradiante, que conduz à constitucionalização do direito infraconstitucional e produz eficácia nas relações privadas (SARLET, 2002).

Sob o aspecto subjetivo, em primeiro lugar ressalta-se que o direito à saúde se manifesta como direito de defesa, ou seja, seu titular tem a prerrogativa de exigir de terceiros (inclusive do Estado) obrigações de não fazer. Assim, implica o dever de respeito, ou seja, de não ingerência e de não causar prejuízo à saúde de alguém. Abrange a proteção da autonomia e da privacidade individuais, inclusive no que se refere às informações pessoais sobre a saúde (ANNAS; MARINER, 2016). Trata-se de liberdade cujo conteúdo normativo é similar aos chamados direitos de primeira geração, na medida em que consiste no dever de abstenção. À pretensão de respeito exige-se imediata observância, podendo-se extrair pretensões com fundamento direto no texto constitucional.

Em segundo lugar, o direito à saúde expressa-se como direito de proteção e desencadeia para o Estado o dever de adoção de medidas voltadas para evitar que terceiros possam causar prejuízos à saúde das pessoas, abrangendo, assim, a prestação normativa voltada para a concepção de princípios e de regras que orientem o Estado e a sociedade para a tutela da saúde. Implica também a concepção de instituições voltadas para assegurar o acesso a ações e serviços de saúde, como o Sistema Único de Saúde, no Brasil, e o Serviço Nacional de Saúde, em Portugal. A concretização dessas prestações normativas passa a integrar o próprio conteúdo do

<sup>18</sup> O conteúdo abrangente do direito à saúde é bem caracterizado por Gross (2011, p. 300): “The right to health is not limited to the right to health care. It is not a right to be healthy but, rather, a right that comprises social and economic components that foster conditions in which human beings are able to lead healthy lives, as well as touching on background conditions for health, such as sustenance and nutrition, housing, accessibility to clean and potable water and sanitation, safe and healthy workplace conditions, and a healthy environment”.

<sup>19</sup> Para Ruger (2004, p. 1.075), as políticas públicas devem orientar-se para as aptidões e privações por meio da satisfação das necessidades em saúde.

direito fundamental, como já decidiu o Tribunal Constitucional português (PORTUGAL, 1984).

Finalmente, o direito à saúde implica o acesso a prestações materiais a que correspondem deveres de promoção ou de realização. Trata-se da face mais controversa do direito à saúde, pois exige a concepção e a implementação de políticas públicas que criem condições para o acesso aos serviços de saúde necessários no âmbito individual e coletivo.

Embora todos esses aspectos integrem o amplo espectro do direito à saúde, por se tratar de direito social seu conteúdo principal corresponde à pretensão de direito a prestações. As demais prerrogativas decorrentes desse direito – como o direito de defesa – têm caráter instrumental, e não típico. Assim, ao analisar o conteúdo do direito à saúde, é possível identificar um núcleo essencial decorrente da projeção do princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação e aplicação desse direito.<sup>20</sup> Além desse núcleo essencial, há camadas envolventes, que correspondem a pretensões menos típicas do direito à saúde.<sup>21</sup>

#### 4.1 Núcleo essencial do direito à saúde

A ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais tem origem na compreensão do caráter principiológico dessas normas cuja efi-

cácia está sujeita às condições fáticas e jurídicas. Com efeito, as declarações de direitos e as constituições compreendem valores conflitantes entre si, que se manifestam normativamente por meio de princípios que disciplinam os direitos fundamentais. Dessa forma, ainda que presente a eficácia *prima facie*, as normas de direitos fundamentais estão sujeitas, regra geral, à reserva de ponderação no caso concreto e devem ser compreendidas como mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

Uma vez que as normas de direitos fundamentais devem ser objeto de ponderação em concreto e, portanto, estão sujeitas a limitações, a noção de núcleo essencial é posta como limite às restrições de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2008; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 142). Por se tratar dos aspectos distintivos mais intrínsecos dos direitos fundamentais e mesmo da projeção do princípio da dignidade da pessoa humana, o núcleo essencial funciona como limite à atividade de ponderação do legislador e do operador do direito no momento da aplicação das normas de direitos fundamentais.

A princípio, a noção de núcleo essencial surgiu para fins de análise dos conflitos para a aplicação dos direitos civis e políticos ou direitos de primeira dimensão ou geração, que se submetem à reserva geral de ponderação. No entanto, serve aos direitos econômicos, sociais e culturais para definição de seu conteúdo típico e parâmetro de eficácia, inclusive perante o Estado. Isso porque no Estado Democrático de Direito, em que se reconhece a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana e de conferir condições para a liberdade substancial, a cláusula do Estado de Direito e o princípio da proporcionalidade acarretam, além da proibição de excesso nas limitações de direitos, a vedação de proteção insuficiente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 338; QUEIROZ, 2014, p. 68).

<sup>20</sup> “O ‘núcleo essencial’ corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projeção da ideia de dignidade humana individual na respetiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autônoma daquele direito fundamental” (ANDRADE, 2012, p. 165). No entanto, embora reconheça a categoria do núcleo essencial, Sarlet (2012b, p. 159) afirma que nem todos os direitos fundamentais têm conteúdo aferível em dignidade.

<sup>21</sup> “As ‘camadas envolventes’ incluem outros valores [...] que correspondem a aspetos em que, por serem menos típicos, mais relativos ou menos importantes, a proteção constitucional deve ser considerada de menor intensidade” (ANDRADE, 2012, p. 166).

No caso da saúde, o núcleo essencial encontra-se inserido em seu conteúdo principal, que já se identificou como direito a prestações materiais. Nesse caso deve-se utilizar a premissa de que o direito à saúde é efetivado quando se confere à pessoa a possibilidade de realizar as atividades que tem razão para valorizar, de alcançar boa saúde e estar livre de doenças evitáveis e da morte prematura (RUGER, 2004, p. 1.076).

Contudo, a abordagem das capacidades em saúde – utilizada como orientação deste trabalho – não propõe identificar um conjunto ou uma “cesta” de ações ou serviços que devem ser prestados pelos Estados ou estar disponíveis aos indivíduos. Com efeito, entre as capacidades que devem ser asseguradas e promovidas está a participação na vida social e na definição das políticas estatais, razão pela qual a definição do conteúdo das políticas públicas deve ocorrer em um processo deliberativo acessível à participação da sociedade. Desse modo abre-se a possibilidade para realizar acordos parciais no nível da execução das políticas públicas e das ações estatais, sem exigência de concordância sobre princípios abstratos de justiça. Com base num procedimento democrático, participativo e informado pelas evidências disponibilizadas pela ciência, deve-se atender às necessidades de saúde, isto é, às carências ou privações a serem supridas para se atingir o estado de bem-estar e a realização substancial da autonomia. Essas carências são social e historicamente condicionadas e não se limitam às necessidades de serviços de saúde, haja vista a compreensão ampliada da saúde e de seus determinantes multisetoriais.

Dessa forma, não se pode limitar o bem jurídico *saúde* ao direito de acesso a cuidados médicos. Como visto, desde o conceito ampliado de saúde proposto pela OMS, reconhece-se que a saúde é dependente de múltiplos condicionantes, entre os quais os cuidados de saúde (saúde curativa). Embora essa limitação traga conforto

e segurança em termos operacionais, trata-se de uma indevida redução da complexidade inerente à realidade normativa do direito à saúde, que decorre do bem jurídico tutelado.

Ao mesmo tempo que se cuida da efetividade das capacidades básicas (evitar a morte prematura e os agravos e doenças preveníveis), considera-se a saúde no âmbito das demais áreas da socialidade. Como a alocação de recursos tem alto custo de oportunidade, deve-se enfatizar a visão ampliada e contextualizada no bojo das demais políticas públicas. Assim, o direito subjetivo à saúde corresponde à satisfação das carências no contexto da escassez de recursos e abrange o acesso a prestações que sejam necessárias e apropriadas, a um custo que seja acessível, individual ou coletivamente.

Com base no conteúdo do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos documentos que o reafirmaram, é preciso criar condições de acesso a cuidados tecnicamente indispensáveis e apropriados para a promoção, prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças e outros agravos à saúde que possam gerar mortalidade precoce ou deficiências evitáveis (RUGER, 2006a, p. 460).

Nessa perspectiva, a garantia do direito à saúde não abrange o acesso a todas as terapias, procedimentos e insumos disponíveis no mercado. Há que se reconhecer aqui uma margem de concretização do direito aberta ao legislador e ao administrador público, com a possibilidade de participação da sociedade para identificar, dentre as opções disponíveis no mercado, aquelas que atendam eficientemente às necessidades da população, gerem maiores benefícios e tenham um custo acessível individual ou coletivamente.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Essa margem de discricionariedade decorre da característica dos direitos sociais e dos deveres de promoção e de realização porque, se a violação ou o agravo a um bem jurídico são vedados, qualquer conduta nesse sentido viola o dever de abstenção. Por outro lado, os deveres de promoção e de realização voltados para a tutela de um bem jurídico

A consideração das capacidades e das necessidades exige cuidado especial com a alocação de recursos, de forma a prestigiar a implementação de serviços e a incorporação de tecnologias que impactem positivamente os indicadores de saúde da população e gerem maiores benefícios sociais,<sup>23</sup> com especial atenção às populações mais vulneráveis e pobres que, regra geral, adoecem com mais frequência e são mais afetadas pelas consequências do adoecimento. Assim, deve ser conferida grande importância aos encargos financeiros e às incertezas que podem decorrer do processo de adoecimento, e adotadas estratégias para evitar que o ônus financeiro e o endividamento configurem barreiras de acesso às terapias necessárias à saúde das pessoas.

Sob o aspecto objetivo, o núcleo essencial do direito à saúde gera a obrigação de criar condições para a cobertura universal dos serviços de saúde indispensáveis para o alcance da liberdade substancial. Deve-se garantir a igualdade de oportunidades para que as pessoas possam atingir o melhor estado de saúde possível e, dessa forma, assegurar-lhes a possibilidade de escolher e realizar as opções de vida que cada um entende como valiosas.

Ações e serviços que satisfaçam as necessidades da população devem estar disponíveis

---

permitem que se alcance a mesma finalidade por mais de um meio. Essa discricionariedade é também o fator que traz maiores dificuldades para a exigibilidade dos direitos sociais em juízo, segundo Alexy (2008, p. 462).

<sup>23</sup> Evidencia-se a importância do desenvolvimento das ações voltadas para os cuidados de saúde primários, que são aqueles que atendem às necessidades mais comuns das populações, com ênfase na atenção ambulatorial, de base comunitária e atenção prolongada no tempo. Por seu maior impacto em benefício da população, deve ser priorizado em relação aos cuidados hospitalares e especializados, que empregam tecnologias pesadas e de alto custo, utilizadas em menor escala. “[I]nvestments should not disproportionately favour expensive curative health services which are often accessible only to a small, privileged fraction of the population, rather than primary and preventive health care benefiting a far larger part of the population” (UNITED NATIONS, 2000, p. [8]).

para todos, sem discriminação, o que abrange acessibilidade geográfica, física e econômica (possibilidade de custeio individual ou coletivo), inclusive para os mais vulneráveis. Deve-se garantir o acesso às informações sobre os serviços e sobre a condição de saúde de cada um, desde que com respeito às características culturais locais e às normas de ética médica. Finalmente, os serviços de saúde devem ser de qualidade, prestados por profissionais com formação e treinamento adequados e em conformidade com as atuais evidências científicas.

## 5 Conclusão

A afirmação do direito à saúde na ordem internacional e em vários ordenamentos jurídicos é uma importante conquista civilizacional: marca a mudança de compreensão sobre o bem *saúde*, cuja relevância deixa de ser puramente individual e passa a receber atenção da coletividade. Ao assumir a saúde como direito fundamental, impõem-se ao Estado deveres correlatos de respeito, proteção e realização de medidas que melhorem a saúde das pessoas e reduzam as desigualdades.

A identificação do conteúdo normativo e, em especial, do núcleo essencial do direito à saúde confere maior precisão ao estudo e à pesquisa do tema na medida em que permite caracterizar o feixe de pretensões e prerrogativas que o integram, assim como os deveres correlatos. Longe de se propor uma “camisa de força” para o legislador e o administrador público, buscou-se individualizar os traços característicos com base na previsão do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ciente de que cada ordenamento jurídico opta por diferentes formas de promover esse direito, que variam da ausência de previsão do direito fundamental até sua positivação com

aplicabilidade imediata, bem como da promoção de políticas públicas para as populações mais vulneráveis até o modelo de sistema universal, público estatal ou com participação privada.

A abordagem das capacidades – proposta por Amartya Sen e desenvolvida por Jennifer Prah Ruger para o estudo do direito à saúde e das políticas de saúde – traz importantes contribuições para o tema na medida em que permite compreender o lugar da política de saúde no contexto da socialidade, assim como o dever de assegurar o acesso a prestações tecnicamente imprescindíveis e adequadas para a satisfação das necessidades e o alcance da liberdade substancial.

## Sobre o autor

Luciano Moreira de Oliveira é doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil; promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: lucianomoreira80@outlook.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Conteúdo normativo do direito à saúde: definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 197-215, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p197](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p197)

(APA)

Oliveira, L. M. de (2022). Conteúdo normativo do direito à saúde: definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 197-215. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p197](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p197)

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. (Coleção Manuais Universitários).

ANNAS, George J.; MARINER, Wendy K. (Public) health and human rights in practice. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Durham, NC, v. 41, n. 1, p. 129-139, Feb. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1215/03616878-3445659>.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

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. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid, año 3, n. 6, p. 35-50, feb. 1998.

\_\_\_\_\_. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

DANIELS, Norman. Justice and access to health care. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Stanford, CA: Stanford University, 2013. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/justice-healthcareaccess/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

DEATON, Angus. *The great escape: health, wealth, and the origins of inequality*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2013.

DECLARAÇÃO de Alma-Ata. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE, Alma-Ata, 6-12 de setembro de 1978. *OPAS*, [s. l.], 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

DECLARATION of Astana. In: GLOBAL CONFERENCE ON PRIMARY HEALTH CARE, Astana, 25-26 October 2018. [S. l.]: WHO: Unicef, 2018. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde: lições*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2014. (Manuais Direito).

GROSS, Aeyal M. The right to health in an era of privatisation and globalisation: national and international perspectives. In: BARAK-EREZ, Daphne; GROSS, Aeyal M. (ed.). *Exploring social rights: between theory and practice*. Oxford, UK: Hart, 2011. p. 289-339.

HECLO, Hugh. The social question. In: MCFATE, Katherine; LAWSON, Roger; WILSON, William Julius (ed.). *Poverty, inequality, and the future of social policy: Western States in the new world order*. New York: Russell Sage Foundation, 1995. p. 665-691.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

IGREJA CATÓLICA. Papa Leão XIII. *Carta Encíclica “Rerum Novarum” do sumo pontífice Papa Leão XIII a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos e*

*bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a Sé apostólica*. Sobre a condição dos operários. Roma: A Santa Sé, [1891]. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 15 mar. 2022.

JUŠKEVIČIUS, Jonas; BALSIEŲ, Janina. Human rights in healthcare: some remarks on the limits of the right to healthcare. *Jurisprudencija*, [Vilnius], v. 4, n. 122, p. 95-110, 2010. Disponível em: <https://ojs.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/1028/983>. Acesso em: 15 mar. 2022.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 111).

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lúcia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lúcia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz: Cebes, 2009. p. 107-140.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

\_\_\_\_\_. A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”. *Revista Estudos do Século XX*, Coimbra, n. 13, p. 109-126, 2013. DOI: [http://dx.doi.org/10.14195/1647-8622\\_13\\_7](http://dx.doi.org/10.14195/1647-8622_13_7). Disponível em: [https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/“porta\\_da\\_memória”\\_pós\\_constitucionalismo\\_estado\\_pós\\_social\\_pós\\_democracia\\_e\\_pós\\_capitalismo](https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/“porta_da_memória”_pós_constitucionalismo_estado_pós_social_pós_democracia_e_pós_capitalismo). Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três D’s (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 90, t. 2, p. 613-661, 2014.

NABAIS, José Casalta. Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado? In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (coord.). *A economia social e civil: estudos*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 105-127. (Estudos SPES, 1).

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n., 1948]. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

NORONHA, José Carvalho de; GIOVANELLA, Lúcia; CONNILL, Eleonor Minho. Sistemas de saúde da Alemanha, do Canadá e dos EUA: uma visão comparada. In: PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar de (org.). *Saúde coletiva: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Medbook, 2014. p. 151-172.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Ed., 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Rio de Janeiro: NEPP-DH, [1946]. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufjf.br/oms2.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 39/84*. Relator: Cons. Vital Moreira, 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

RUGER, Jennifer Prah. Health and social justice. *The Lancet*, [London], v. 364, n. 9.439, p. 1.075-1.080, Sept. 18, 2004. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(04\)17064-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(04)17064-5). Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(04\)17064-5/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(04)17064-5/fulltext). Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Health, capability, and justice: toward a new paradigm of health ethics, policy and law. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [Ithaca, NY], v. 15, n. 2, p. 403-482, 2006a. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol15/iss2/3/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Toward a theory of a right to health: capability and incompletely theorized agreements. *Yale Journal of Law & the Humanities*, [New Haven], v. 18, n. 2, p. 273-326, 2006b. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/7382>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2012a. p. 99-116.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

\_\_\_\_\_. Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos. In: PRESNO LINERA, Miguel Ángel; SARLET, Ingo Wolfgang (ed.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 35-61. (Monografías Aranzadi, 646).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

\_\_\_\_\_. Health in development. *Bulletin of the World Health Organization*, [Geneva], v. 77, n. 8, p. 619-623, 1999. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/267897>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Why and how is health a human right? *The Lancet*, [London], v. 372, n. 9.655, p. 2.010, Dec. 13, 2008. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(08\)61784-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(08)61784-5).

SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013. (Ensaio da Fundação, 32).

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/35268/1/Direitos%20fundamentais.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

STARFIELD, Barbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Tradução de Fidelity Translations. Brasília, DF: Unesco Brasil: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *CESCR General Comment No. 14: the right to the highest attainable standard of health (art. 12)*. [Geneva]: Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.