

O DIREITO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA
DAS SUPREMAS CORTES NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA

THE RIGHT TO HEALTH IN THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED STATES AND BRAZIL

Saulo José Casali Bahia

<http://lattes.cnpq.br/7398414546353246>

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Juiz Federal na Seção Judiciária da Bahia (SJBA/TRF1). Procurador da República na Procuradoria da República na Bahia (PR/BA, 1993). Professor Titular na Universidade Federal da Bahia (UFBA).

RESUMO

O artigo compara as jurisprudências brasileira e norte-americana relativas ao direito à saúde, demonstrando os diferentes regramentos constitucionais e perspectivas assumidas pelo Poder Judiciário nos dois países. O estudo discute, no caso brasileiro, o substancialismo e o relativismo jurídicos, o mínimo existencial e a reserva do possível, a micro e a macrojustiça, e as teorias da utopia e dos custos dos direitos. E encerra com a discussão sobre a aplicação do princípio da separação dos poderes, tanto no Brasil quanto nos EUA.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à saúde; ativismo judicial; direito norte-americano; direitos fundamentais no Brasil; mínimo existencial; reserva do possível; separação de poderes.

ABSTRACT

This article compares Brazilian and North American jurisprudence regarding the right to health, demonstrating the different constitutional rules and perspectives adopted by the Judiciary in both countries. In the Brazilian case, the article discusses legal substantialism and relativism, the existential minimum and the reserve of the possible, micro and macro justice, and the theories of utopia and the costs of rights. It concludes with a discussion of the application of the principle of separation of powers in both Brazil and the United States.

KEYWORDS

Right to health; judicial activism; north american law; fundamental rights in Brazil; existential minimum; possible reserve; separation of powers.

Recebido em: 18.12.2024 – Aprovado em: 06.08.2025

INTRODUÇÃO

Temos o hábito, no Brasil, de comparar nossos modelos institucionais com aqueles dos Estados Unidos da América, já que nossa primeira constituição republicana teve franca inspiração em seus dispositivos. Uma Suprema Corte vitalícia cujos membros são indicados pelo presidente da República, um Congresso bicameral, o sistema presidencialista de governo, entre outras inovações da nossa Carta constitucional de 1891, seguiram o modelo já adotado pelo grande irmão do norte, que até hoje aqui é mantido, na contramarcha do que se verifica na Europa e em boa parte da Ásia.

Os direitos fundamentais, entretanto, seguem mais de perto exemplos encontrados na Europa, na medida em que os EUA, com a dificuldade em alterar o seu texto constitucional (já que o quórum de 2/3 do Congresso e de 75% dos Estados-Membros praticamente inviabiliza a edição de emendas constitucionais), mal passaram da previsão de direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, de índole notadamente individual e política. O Brasil possui, graças à sua dinâmica constitucional, muito maior aproximação de modelos europeus, nos quais direitos econômicos e sociais são claramente previstos constitucionalmente. E, entre estes, avulta o direito à saúde.

E não é somente na previsão constitucional de direitos econômicos e sociais que Brasil e EUA diferem. É nas próprias prática e jurisprudência em relação à concretização e ao papel do Poder Judiciário na outorga desses direitos. Aliás, nesse ponto, o ativismo judicial brasileiro levou o país a se afastar significativamente da jurisprudência europeia, muito mais tímida em relação aos limites que são dados ao Poder Judiciário para ingerir no contexto de políticas públicas, cuja definição é reservada, tal como nos EUA, aos demais poderes, Legislativo e Executivo. Na Europa e nos EUA, assim, o princípio da separação de poderes inibe a atuação do Poder Judiciário quanto à outorga de prestações de direitos sociais, já que é nítida, ali, a compreensão de que as políticas públicas lidam com recursos escassos e necessidades que superam a capacidade orçamentária, cabendo realizar, politicamente (leia-se através dos Poderes Legislativo e Executivo), na votação e execução regular do orçamento, as competentes escolhas alocativas.

É sobre isso que falaremos adiante.

1 A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

Como já dito, a Constituição norte-americana, ainda aquela de 1787, é indigente em relação a direitos sociais. Não que o Poder Judiciário daquele país fosse desprovido da capacidade de definir e concretizar este direito, opção por exemplo seguida pela Alemanha, que, apenas com a previsão normativa do “princípio da dignidade da pessoa humana” no texto da sua Constituição, extraiu e concretizou mais de novecentos direitos econômicos e sociais. Mas o Poder Judiciário americano, liderado por sua Suprema Corte, optou por deixar essa concretização a cargo dos demais poderes, em respeito ao princípio da separação de esferas¹.

1 Vide MONK, 2021. Vide ainda: CHEMERINSKY, 2006; CORWIN, 1986; EDMUNDSON, 2004; FEINMAN, 2000; MASSEY, 1997; SILVA NETO; SILVA, 2024; e TRIBE, 2008.

Apenas situações extremas (onde a falta de racionalidade possa ser claramente observada) admitem uma incursão do Poder Judiciário na seara de prestações relacionadas a políticas públicas. Trata-se do uso do *rational basis test* ou de se afastar qualquer *suspect criteria*. Lembremos que nos EUA ainda é forte o movimento daqueles que não enxergam para a Suprema Corte a capacidade de inovar as opções e escolhas definidas pelos *founding fathers* da pátria americana, encolhendo, assim, o potencial da Corte, que, diante de uma Constituição com algum anacronismo e laconicidade, vivencia a função de definir na atualidade o que pode e deve ser tido como norma constitucional (trata-se do fenômeno denominado *Living Constitution*).

Desse modo, em um quadro assim, surgiu o debate entre originalistas e não originalistas, divergindo aqueles destes em razão da menor capacidade que desejam reservar ao Poder Judiciário para promover alterações que possam se distanciar do quanto assentado na jurisprudência estabilizada e nas ideias iniciais dos constituintes de 1787.

Por conta desse entendimento, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana pouco avançou na concretização jurisprudencial de direitos sociais. No julgamento do caso *San Antonio Independent School District vs. Rodriguez*, em 1973, uma leitura estreita da Carta constitucional levou aquele colegiado a concluir que a educação não poderia ser considerada um direito fundamental, por falta de previsão normativa expressa. Discutindo o sistema de financiamento baseado em taxas locais relacionadas a propriedade, concluiu-se que a cláusula da igualdade (*the equal protection clause*) não requer uma absoluta igualdade ou vantagens iguais. Expressamente foi consignado que não era "papal da corte criar direitos constitucionais substantivos sob título de garantir a igualdade"², descabendo atribuir fundamentalidade ao direito à educação comparando-a com a subsistência ou moradia.

No caso *Kadrmas vs. Dickinson Public Schools*, em 1988, não se considerou de modo algum arbitrário ou irracional cobrar taxas de famílias pobres para usar ônibus escolares, ainda que isto implicasse em grave prejuízo de acesso ao ensino, muito embora no caso *Plyler vs. Doe* (1982) já tivesse sido estabelecido que não se poderia cobrar mensalidades de imigrantes ilegais, por ferir a *equal protection clause*.

Na área de saúde, é sempre lembrado o julgamento, pela Suprema Corte norte-americana, do caso *Harris vs. McRae*, de 1980, no qual foi afirmado que nada na Constituição proíbe de se negarem fundos públicos para abortos necessários, ainda que existissem recursos destinados a apoiar custos com nascimentos (mulheres elegíveis para Medicaid), se o Congresso optou por incentivar uma política de nascimentos e de crescimento populacional (saúde reprodutiva ou *reproductive health*), e não de salvaguarda da vida ou da integridade física e psíquica de gestantes.

"Many nations specifically include a right to health or a right to health care in their constitution. The United States does not" (em tradução livre: embora muitas nações incluam especificamente o direito à saúde em suas constituições, os Estados Unidos não o fazem). "The government has no obligation to subsidize the exercise of this right" (traduzindo: o governo não possui obrigação de subsidiar o exercício deste direito)³.

2 Caso *San Antonio Independent School District vs. Rodriguez*, 1973. Tradução nossa.

3 Caso *Harris vs. McRae*, 1980. Tradução nossa.

Contudo, para toda regra há exceções, e elas se vinculam às situações nas quais, por exemplo, existe a internação compulsória do indivíduo, e em que recusar a prestação, pelo Estado, de assistência à saúde, significaria, em verdade, um tratamento desumano em relação a quem não possui condições, ainda que possuísse meios financeiros de atender às suas necessidades vitais.

Assim é que o caso *Estelle vs. Gamble*, de 1976, baseado na interpretação da 8ª Emenda, previu a obrigação estatal no caso de presidiários que demandassem assistência à saúde. A jurisprudência, em diversos outros casos, estendeu essa interpretação a internados em estabelecimentos de saúde mental ou integrantes das forças armadas.

Com base em situações incontornáveis, como se dá em casos de emergências médicas, em 1986 o Congresso norte-americano avançou ao aprovar o Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA), garantindo ao menos uma mínima atenção médica para todos que ingressassem em um serviço de emergência hospitalar onde a instituição aceitasse o Medicare. Avanços ocorreram, por iniciativa do Congresso e do Poder Executivo (mas sem qualquer protagonismo ou iniciativa do Poder Judiciário, que, como vimos, não interpreta ser este o seu papel) no sentido do aumento progressivo de assistência à saúde, através de ampliação dos programas Medicare e Medicaid, do Children's Health Insurance Program (CHIP) e, mais recentemente, do Patient Protection and Affordable Care Act (ACA). Este último foi criticado como uma indevida intervenção no contexto do federalismo norte-americano, além de inserção do Estado em domínios que deveriam caber à livre iniciativa, vindo a Suprema Corte, então provocada, a manter a maioria de suas previsões, afastando a inconstitucionalidade arguida.

A necessidade de operacionalizar um mais robusto e efetivo direito à saúde, sem dúvida alguma, não passou despercebida por alguns políticos, como plataforma eleitoral. E a divisão política norte-americana entre democratas e republicanos, devida basicamente à não previsão do segundo turno e à adoção de um sistema presidencialista de governo (hoje minoria no mundo), levou o tema do direito à saúde a uma elevada politização e não consensualização em seu desenvolvimento. Basta lembrar as dificuldades na aprovação do Obamacare e as discussões e objeções legislativas e judiciárias relacionadas a esse programa. A Suprema Corte foi novamente chamada a opinar em matéria de direito à saúde e, no caso do Obamacare, maior projeto de mudança no sistema de saúde americano desde que os programas Medicare e Medicaid entraram em vigor em 1965, a constitucionalidade foi basicamente mantida.

Ainda assim, os números de aprovação da iniciativa pública foram modestos. Em abril de 2014, cerca de 10 milhões de pessoas estavam inscritas no Programa desde seu lançamento⁴ e, em 2015, o percentual de adultos sem seguros de saúde havia caído de 18%, ao fim de 2013, para 11,9%⁵. O Programa previa controle de preços, expansão dos planos públicos e privados e redução de custos, buscando aumentar a cobertura e o número de inscritos. No entanto, foi fixado pela Suprema Corte que nenhum Estado-Membro poderia ser forçado a participar do ACA e da expansão do Medicaid, em nome do princípio federativo⁶.

4 NICHOLSON, 2014.

5 LEVY, 2015.

6 BARRETT, 2012.

Para se ter uma ideia das dificuldades relacionadas a um programa estatal de assistência à saúde e à politização envolvida, em 2013, 51% dos americanos eram contrários e 40% favoráveis ao Obamacare⁷. Os favoráveis compreendiam 29% de brancos, 61% de hispânicos, 91% de afro-americanos; em outros termos, 75% eram democratas e 14% republicanos. Dois anos depois, esse percentual se elevou, segundo a mesma fonte, para 47% favoráveis e 44% contrários⁸.

2 O BRASIL: DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No Brasil, o tratamento do tema pelo Judiciário e notadamente pelo Supremo Tribunal Federal tomou rumos inteiramente diversos.

Como já discurremos em outros escritos, a Constituição Federal brasileira de 1988, preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais, buscou sanar as omissões relacionadas à concretização desses direitos, inovando ao trazer os instrumentos processuais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do mandado de injunção.

Embora frustrante em um primeiro momento, a saga concretizadora terminou consolidada nos tribunais, no que se acostumou a denominar como "ativismo judicial" (ou também "judicialização da política" ou "politização do Judiciário"), iniciado no primeiro grau, em prática do que Gustavo Amaral (2001) rotulou como "microjustiça", com decisões isoladas que se apartavam da compreensão global da política pública a ser adotada pelo Estado.

Ignorava-se a afirmação básica das ciências econômicas de que as necessidades são ilimitadas e os recursos limitados, em uma sanha substancialista (e não procedimentalista) que não se importava com o impacto das condenações no orçamento público ou nas políticas estatais como um todo.

Não à toa prosperou no Brasil a "teoria do mínimo existencial", para a qual haveria um núcleo mínimo, um mínimo existencial de direitos, não sujeitos à avaliação discricionária do legislador e do administrador quanto à sua concretização. A "reserva do possível", teoria contraposta, que apela para a existência de recursos ou a relatividade dos direitos fundamentais, era a barreira teórica a ser vencida.

A jurisprudência brasileira então avançou para o abraço inicial da "teoria da utopia", distante da ideia trazida pela "teoria dos custos do direito", já que custos eram vistos como externalidades⁹.

Vale citar exemplos dessa construção, na qual a ideia de mínimo existencial se impunha.

7 OBAMA [...], 2013.

8 AS HEALTH [...], 2013.

9 Vide GALDINO, 2005.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se o AgRg 888.325/RS¹⁰. Nesta decisão, que tratava de antecipação de tutela em negativa de seguimento no fornecimento de medicamentos pelo Estado, admitiu-se, inclusive, o bloqueio de verbas públicas em razão da proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, e a invocação da primazia sobre princípios de direito financeiro e administrativo. Para os julgadores,

os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Destaca-se, na ementa, a dicção de que

A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana [...]. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

Como se vê, a forma, ou a topografia constitucional, prefere à questão de fundo, ou seja, prepondera indevidamente sobre a ponderação entre valores conflitantes diante de recursos limitados, estes que implicam em escolhas excludentes. A ingenuidade positivista prevaleceu.

Outro caso de "direito a algo" tomado como absoluto e associado ao "mínimo existencial", capaz de inibir a discricionariedade do legislador, é dado no julgamento do RE 436.996-6/SP, pelo STF¹¹. Trata-se de atendimento em creche e pré-escola para criança de até seis anos de idade. A educação infantil foi tida como

prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg 888.325/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julg. 15.03.2007, publ. **DJ** 29 mar. 2007, p. 230.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 436.996-6/sp. Relator: Min. Celso de Mello. Julg. 22.11.2005, publ. **DJ** 3 fev. 2006.

fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Nesse julgamento, foi invocada a questão da reserva do possível e admitida a possibilidade de o Poder Judiciário se substituir à discricionariedade do Legislativo e do Executivo na opção pelo direito a ser assegurado, o que seria possível com base no princípio da eficiência e na capacidade de colmatar omissões inconstitucionais.

No mesmo sentido tem-se, também pelo STF, o julgamento do RE-AgR 393175¹². Aqui se tratava de fornecimento de medicamentos (direito à saúde), e, para o STF,

[o] caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O direito à vida foi transformado em direito absoluto, incluído no espaço do mínimo existencial, contrariando a compreensão que se formaria depois de que nenhum direito é absoluto em um quadro de recursos escassos, que demanda escolhas excludentes.

Certamente então que tal movimento no sentido do ativismo judicial encontrou reação, em um segundo momento, quando os perigos da proliferação de demandas individuais se tornaram evidentes, pelos elevados custos orçamentários e pela nítida violação do princípio constitucional da isonomia. Muitos passaram a defender a transformação de políticas individuais em políticas coletivas, com aproximação à ideia de macrojustiça, descrita por Amaral (2001).

A preocupação com gastos e com a relatividade dos direitos veio, por exemplo, com a Recomendação n. 31, de 30.3.2010, do Conselho Nacional de Justiça, quando se buscou maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Não há direitos a qualquer custo, sendo necessário levar a escassez a sério caso se pretenda levar os direitos a sério (Galdino, 2005).

CONCLUSÃO

Sempre cabe judicar se o direito é de fato judicializável e exigível. Em suma, se o Estado agiu com culpa ou de modo ineficiente ao ignorar a prestação relacionada a um direito fundamental.

Parece que passou a existir no Brasil uma preocupação mais coerente com o tema da separação de poderes, tal como se vê nos EUA, considerando-se que as escolhas alocativas são

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Relator: Min. Celso de Mello. Julg. 12.12.2006, publ. **DJ** 2 fev. 2007.

inevitáveis, excludentes e demonstram uma profunda consideração valorativa, própria aos representantes do povo eleitos democraticamente.

Há, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, algo muito básico: somente quando falta a confiança nestes é que pode agir o Poder Judiciário. A confiança deve ainda incluir a ideia de que o eventual mau emprego de recursos (pelo Executivo ou pelo Legislativo) é algo possível para toda e qualquer pessoa que se disponha a administrar aqueles recursos de boa-fé, minimizando qualquer margem de "mau emprego".

O problema da judicialização da política vem acontecendo muito mais nos países de desenvolvimento tardio do que em países desenvolvidos, como nos EUA, onde o princípio da confiança nos Poderes Executivo e Legislativo possui prática em graus mais elevados e onde a responsabilidade individual e pública é levada a sério.

Esse parece ser o melhor caminho, já que a escolha do Poder Judiciário como a via preferencial ou exclusiva para a satisfação de direitos fundamentais basicamente funciona como índice de nossa baixa cidadania e do mau funcionamento da cidadania e da sociedade.

Não há, no Brasil, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a compreensão de que o orçamento público (e as escolhas alocativas relacionadas a direitos fundamentais) depende muito mais das opções democráticas viabilizadas em decisões do Executivo e do Legislativo, opções estas derivadas da vontade direta dos cidadãos. No Brasil, o valor do princípio democrático é atenuado, e o Judiciário parece realizar uma tarefa de tutela das preferências e opções, substituindo-se aos indivíduos eleitores, como se o caminho democrático não fosse capaz de fornecer o amparo a direitos fundamentais exercíveis, o que não parece ser acertado para os olhos de muitos. O Legislativo e o Executivo no Brasil são poupados de demonstrar que exercem os seus deveres à luz das preferências dos eleitores. A via democrática é minimizada e desprezada. Os canais participativos e reivindicatórios a estes poderes são esvaziados. Daí a diferença existente entre os sistemas norte-americano e brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AS HEALTH Care Law proceeds, opposition and uncertainty persist. **Pew Research Center**, 16 set. 2013. Online. Disponível em: <https://tinyurl.com/5x9nnxp6>. Acesso em: 8 ago. 2025.

BARRETT, Paul M. Supreme Court supports Obamacare, bolsters Obama. **Bloomberg**, Nova Iorque, jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/4st7reu8>. Acesso em: 30 jun. 2022.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law**: principles and policies. New York: Aspen Press, 2006.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

EDMUNDSON, William A. **An introduction to rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. (Cambridge Introductions to Philosophy and Law).

FEINMAN, Jay M. **Law 101: everything you need to know about the American Legal System**. New York: Oxford University Press, 2000.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEVY, Jenna. In U.S., uninsured rate dips to 11.9% in first quarter. **Gallup**, Washington-DC, abr. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypzjevny>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

MASSEY, Calvin R. **Constitutional law**. New York: Aspen Law Press, 1997.

MONK, Linda R. **The words we live by**: your annotated guide to the Constitution. New York: Hyperion, 2003

NICHOLSON, Lucy. Medicaid enrollments bring obamacare enrollment to more than 10 million. **Newsweek**, New York City, a abr. 2014. <https://tinyurl.com/2uj7wpa7>. Acesso em: 4 de abril de 2022.

OBAMA and Democrats' Health Care Plan. **Real Clear Politics**, 13 out. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/y3k53em9>. Acesso em: 12 ago. 2025.

SILVA NETO, Manoel Jorge e; SILVA, Maiana Guimarães e. 11. ed. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

TRIBE, laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.